النظام القضائى

فى

الفقه الإسلامى

دكتور
محمد رأفت عثمان
أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية
عميد كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة السابعة

١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م

الطبع الأولى ١٤١٠هـ/١٩٨٩م
الطبعة الثانية ١٤١٥هـ/١٩٩٤م
الطبعة الثالثة ١٤١٦هـ/١٩٩٦م
الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ/١٩٩٦م
الطبعة الخامسة ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م
الطبعة السادسة ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم البحث

أحمد الله تبارك وتعالى وأستعينه ، وأستهديه ، وأصلى وأسلم على سيدنا محمد ، وعلى آله ، وأصحابه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ٠

وبعد ،،،

فإن الشريعة الإسلامية وسائر الشرائع الإلهية ، قد جاءت لتحقيق مصالح الناس ، ولا شك فى أن وجود القضاء فى المجتمع الإنسانى ، هو إحدى الوسائل المحققة لهذه المصالح ، فبه تحمى الحقوق وتصان عن الانتهاك ، ويزال بوساطته تعدى الناس بعضهم على بعض ، وهو أحد المناصب العظيمة التى تحقق العدل وتمنع الظلم ، وترسى الحق ، والعدل هو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء ، قال تبارك وتعالى : ﴿ **لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط** ﴾ (١) . والقسط هو العدل ، فهما كلمتان مترادفتان وأى طريق أدى إلى الوصول إلى العدل بين الناس كان مطلوبا فى الشرع ، قال ابن القيم : " إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريقة كان ، فثم وجه الله ودينه ، فأى طريق استخرج به العدل والقسط فهو من الدين وليس مخالفا له " (٢) .

والقضاء وسيلة من أعظم وأسمى وسائل تحقيق العدل بين الناس ، تحقيق العدل بينهم فى العلاقات الاجتماعية ، والاقتصادية ، والسياسية وكل نشاط من أنشطة الحياة بين الأفراد والدول ، سواء أكانت هذه العلاقات بين المسلمين أم بينهم وبين غيرهم ٠

---

(١) سورة الحديد ، الآية رقم ٢٥ ٠

(٢) الطرق الحكمية ، لابن القيم ، ص ١٦ ٠

ولمكانته السامية الجليلة تولاه الرسل فحكموا بين الناس ، وولوه غيرهم ، قال تبارك وتعالى : ﴿ **يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق** ﴾ (١) ، وقال عز وجل لرسوله محمد ﷺ : ﴿ **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما** ﴾ (٢) . وقد ثبت أن الرسول ﷺ بعث القضاة إلى النواحى ، فبعث معاذ ابن جبل إلى اليمن ، وعتاب بن أسيد إلى مكة .

وقد بين فقهاؤنا — رضى الله عنهم — أن شريعة الإسلام توجب وجود القضاء فى المجتمع ، ووضحوا الشروط التى لابد من توافرها فيمن يتولى هذا الأمر الخطير ، هذه الشروط التى استنبطوها من القرآن ، والسنة ، وغيرهما من مصادر التشريع الإسلامى ، وتكلموا عن طرق الإثبات أمام القاضى ، وعما يجب على القاضى اتباعه عند نظره القضايا وفصله فيها ، وعن أمور أخرى تتصل بهذا المنصب الجليل ، وآمل أن يكون هذا البحث إسهاما بسيطا فى خدمة الفقه الإسلامى ، وإضافة لبنة صغيرة إلى هذا الصرح الشامخ والتراث الجليل الذى ورثناه عن فقهائنا العظام ، وأدعو الله — عز وجل — أن يثيبنى على ما بذلت فيه من جهد المقل ، وأن يغفر لى إن أخطأت فى فهم حكم ، أو ترجيح رأى من آراء علمائنا على رأى آخر .

وقد خططت ليكون هذا البحث فى مقدمة ، وأربعة فصول :

أما المقدمة ، فقد خصصتها للتعريف بالقضاء فى لغة العرب ، واصطلاح الفقهاء ، وبيان حكم وجوده فى المجتمع ، والفرق بينه وبين التحكيم الذى كان موجودا عند العرب قبل الإسلام .

---

(١) سورة ص ، الآية رقم ٢٦ .
(٢) سورة النساء الآية رقم ٦٥ .

وخصصت الفصل الأول لبيان شروط الصلاحية للقضاء ، والأسباب التي يعزل بها القاضي عن منصبه .

والفصل الثاني جعلته لبيان الدعوى ، وأركانها ، وشروط صحتها ، ونظام الفصل فيها .

وجعلت الفصل الثالث للكلام عن وسائل الإثبات ، فتكلمت عن الإقرار والبينة ، ونكول المدعى عليه عن اليمين ، ويمين المدعي مع الشاهد ، ويمين المدعي إذا نكل المدعى عليه ، والقسامة ، والقافة ، والقرائن ، والقرعة ، وختمت هذا الفصل بالكلام في قضيتين مهمتين ، اولاهما قضاء القاضي بعلمه ، وثانيتهما هل يجوز للإنسان أن يستوفي حقه الذي ينكره الخصم بدون اللجوء إلى القضاء ؟ وبينت الخلاف إن وجدته لعلمائنا في بعض وسائل الإثبات ، وما استندت إليه آراء العلماء .

وأما الفصل الرابع الأخير ، فعقدته للكلام عن أمور وصفتها بأنها أصول في القضاء ، وهي وجوب العدل بين الخصمين ، وأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وأن حكم القاضي لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالا ، وأن القاضي لا يقضي بين الناس وهو غضبان ، ولا يقبل الهدية ممن له خصومة عنده ، ولا يقضي لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له ، وأن الحكم بالاجتهاد الثاني للقاضي ، وأنه يجوز الاستئناف في الأحكام .

وكان منهجي في هذا البحث أني كنت أكتفي بذكر آراء علمائنا في المسائل المختلف فيها ، وبيان أدلة أصحابها ، والمناقشات التي وردت عليها ، ولا أختار رأيا إلا إذا بان لي أنه الأرجح من حيث الدليل ، لأن ترجيح رأي معين إنما هو كإفتاء للقارئ بهذا الرأي ، ولا يجوز أن يفتي الإنسان إلا بما غلب على ظنه أنه الحق ، فإن أكن وفقت في ترجيح الآراء فهذا من فضل الله عز وجل ، وإن كان الخطأ قد وقع ، فذلك مني ومن الشيطان ، وأستغفر الله تبارك وتعالى ، وأختم كلمتي ببعض من الدعاء

الذى علمنا الله إياه فى قرآنه الحكيم : ﴿ ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب ﴾ ، ﴿ ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ﴾ ، اللهم آمين ٠

دكتور

محمد رأفت عثمان

مدينة العين ــ الإمارات العربية المتحدة

الجمعة ٦ من ربيع الثانى سنة ١٤٩٨ هـ ، ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٨٧ م ٠

المقدمة
التعريف بالقضاء ، وحكمه ، وتاريخه

وتشتمل على المباحث الآتية :

١ ــ التعريف بالقضاء .

٢ ــ ضرورة القضاء ، وسموه ، وخطره .

٣ ــ مشروعية القضاء .

٤ ــ الحكم الشرعي لنصب القاضي .

٥ ــ حكم قبول القضاء وطلبه .

٦ ــ القضاء عند العرب قبل الإسلام .

٧ ــ القضاء في عصر الرسول ﷺ .

٨ ــ القضاء في عصر الخلفاء الراشدين .

٩ ــ التحكيم ، ومجاله .

١٠ ــ جعل أجر للقاضي .

التعريف بالقضاء

جرت عادة العلماء عندما يتعرضون لبيان معنى كلمة من الكلمات التي استعملت في مجال بيان الأحكام الشرعية ، مثل الصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج ، والزواج ، والطلاق ، والبيع ، والإجارة ، وغير ذلك من كلمات كانت موضوعا للبحوث الفقهية ، جرت عادتهم كمدخل للكلام عنها أن يوضحوا معناها في اللغة العربية أولا ، ثم يبينوا بعد ذلك معناها عند علماء الشريعة ، وهو ما يعبرون عنه بمعناها في الاصطلاح ، وذلك لأن الشريعة الإسلامية جاءت في بيئة عربية ، فاقتضت حكمة الله — تبارك وتعالى — أن يكون كتابه الكريم بلغة العرب ، وهو المصدر الأول للتشريع ، والمصدر الثاني بعد الكتاب الكريم هو السنة النبوية الشريفة ، والسنة هي أقوال الرسول ﷺ وأفعاله وتقريراته ، والرسول ﷺ عربي يتكلم العربية ، وكان من الطبيعي أن تستعمل الشريعة الإسلامية ألفاظا كان العرب يستعملونها قبل ورود الشريعة ، وفي كثير من الأحوال كان استعمال الشريعة للفظ العربي في معنى مختلف عن المعنى الذي كان العرب يستعملونه فيه قبل ورود الشريعة ، وذلك واضح في ألفاظ مثل الصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج ، وغير ذلك ، فلفظ الصلاة قبل مجئ الإسلام كان يستعمل عند العرب في معنى الدعاء • ولكن عندما جاء الإسلام استعمل في أقوال وأفعال مخصوصة مفتتحة بالتكبير ، مختتمة بالتسليم بشروط مخصوصة ، ولفظ الزكاة استعمل في لغة العرب بمعنى النماء ، وبمعنى التطهير ، فيقال مثلا : زكا الزرع ، ويكون المعنى نما الزرع ، ويقال : زكت نفس فلان ، ويكون المعنى طهرت نفس فلان ، ولكن الشريعة استعملت لفظ الزكاة في مال مخصوص يخرج من مال مخصوص ليدفع إلى طائفة خاصة ، وهكذا في لفظ الصيام ، ولفظ الحج ، وغيرها •

فمن الطبيعى ــ إذن ــ أن يتكلم العلماء عن معنى كلمة من الكلمات التى استعملتها الشريعة فى لغة العرب ، قبل أن يتكلموا عن معناها فى الشريعة أو عند علماء الشرع ، أو ما يعبر عنه بمعناها فى الاصطلاح ، ومعنى الاصطلاح : إخراج اللفظ عن معنى لغوى إلى معنى آخر لبيان المراد .[1]

وجريا على هذه العادة عند العلماء ، سنبين أولا معنى كلمة " القضاء" فى لغة العرب ، ثم نبين معناها فى اصطلاح علماء الشرع .

القضاء فى لغة العرب :

يوجد فى لغة العرب بعض الألفاظ التى لها أكثر من معنى ، كلفظ العين ، ولفظ القرء ، فمن معانى لفظ العين ، الجاسوس ، والباصرة ، وعين الماء ، والذهب ، وغير ذلك ، ولفظ " القرء " أيضا وضع فى اللغة العربية لمعنى الحيض ، ولمعنى الطهر الذى يفصل بين كل حيضتين .

ولفظ "القضاء" من هذا القبيل ، أى من الألفاظ التى وضعتها العرب لأكثر من معنى ، وترجع كل المعانى التى وضعتها العرب لهذا اللفظ . كما قال العلماء إلى معنى : انقضاء الشئ وتمامه [2].

فيطلق لفظ " القضاء" فى اللغة العربية على الأمر ، ومنه قول الله ــ تبارك وتعالى ــ : ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه ﴾ [3]. والمعنى :

---

(1) وهناك تعريفات أخرى لكلمة الاصطلاح ، فقيل معناها : إخراج اللفظ من معنى لغوى إلى آخر لمناسبة بينهما ، وقيل الاصطلاح : اتفاق طائفة على وضع اللفظ بإزاء المعنى وقيل الاصطلاح : لفظ معين بين قوم معينين ، التعريفات ، على بن محمد الجرجانى ، ص ١٥ .

(٢) كتاب النيل وشفاء العليل ، لعبد العزيز الثمينى ، مع شرحه لمحمد بن يوسف أطفيش ،جـ ١٣ ، ص ١٠ ، الطبعة الثالثة .

(٣) سورة الإسراء آية رقم ٢٣ ، وقد اختلف المفسرون فى معنى قوله تعالى : ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه ﴾ ، فالأكثرون على أنه بمعنى : أمر ، لا بمعنى حكم ، ويرى البعض أنه يصح أن يكون بمعنى : حكم .

أمر ربك ألا تعبدوا إلا إياه ، ويطلق على الفراغ ، ومنـه قـول الله عـز وجل : ﴿ **قضى الأمر** ﴾ [1] ، أى فرغ ، ويطلق على الفعل ، مثل قولـه سبحانه وتعالى : ﴿ **فاقض ما أنت قاض** ﴾ [2] ، ويطلق علـى الإرادة ، مثل قوله عز وجل : ﴿ **فإذا قضى أمرا فإنما يقول له كن فيكون** ﴾ [3] . ويطلق على الموت ، مثل قوله تبارك وتعالى : ﴿ **ونادوا يا مالك ليقض علينا ربك** ﴾ ، ويطلق على الحكم والإلزام ، مثل قضيت عليـك بكـذا ، وقضيت بين الخصمين وعليهما [4] أى حكمت ، ويطلق على الأداء ، قـال الله تعالى : ﴿ **فإذا قضيتم مناسككم** ﴾ أى أديتموها . ويطلق على الصنـع والتقدير ، ومنه قوله تعالى : ﴿ **فقضاهن سبع سماوات في يومين** ﴾ [5] ومنه القضاء والقدر ، وغير ذلك من المعانى [6].

ويسمى العلماء هذا النوع من الألفاظ التى وضع لها أكثر من معنـى بالمشترك اللفظى [7].

---

(١) سورة يوسف الآية رقم ٤١ .

(٢) سورة طه الآية رقم ٧٢ .

(٣) سورة غافر ، الآية رقم ٦٨ .

(٤) كما أن القضاء فى اللغة يطلق على الحكم ، يطلق الحكم ويراد به القضاء ، كما فى قول الله تبارك وتعالى ﴿ **وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين** ﴾ سورة المائدة ، الآية رقم ٤٢ .

(٥) سورة فصلت ، الآية رقم ١٢ .

(٦) المصباح المنير ، لمحمد بن على المقرى الفيومى ، مادة قضى ، ومواهب الجليل لشـرح مختصر خليل ، للحطاب ،جـ٦ ص ٨٦ .

(٧) المشترك إما أن يكون مشتركا لفظيا ، او مشتركا معنويا :
فأما المشترك اللفظى ، فهو اللفظ الذى يتعدد وضعه ويتعدد معناه ، مثل كلمة : " عيـن " فإنها موضوعة للباصرة ، أى العين التى تبصر بها ، وموضوعة للجاسوس وغيرهـا ، ومثل كلمة : "قرء" ، فإنها موضوعة للحيض والطهر .
وأما المشترك المعنوى ، فهو اللفظ الذى وضعته العرب وضعا واحدا لمعنى كلى يشترك فيه أفراد كثيرة ، وذلك مثل كلمة " موجودة " ، فإن العرب قد وضعتها لمفهوم عـام ، وهو المتصف بالوجود مطلقا ، سواء أكان واجـب الوجـود ، كـذات الله تبـارك ==

القضاء في اصطلاح فقهاء الشريعة :

يحسن بنا قبل أن نذكر تعريف القضاء فى اصطلاح فقهاء الشريعة أن نذكر أن العلماء بينوا أن الحكم أعم من القضاء ، وذلك لأن كلمة الحكم تصدق على أمرين :

أحدهما : حكم من حكمه خصمان •

والثانى : حكم من نصبه رئيس الدولة أو نائبه ليحكم بين الناس •

=وتعالى ، فإن ذاته سبحانه واجبة الوجود ، أم كان ممكن الوجود ، كغير الله ـ عز وجل ـ من سائر مخلوقاته •

ويسمى العلماء هذا النوع من الألفاظ : مشتركا معنويا ، لأن أفراده العديدة تشترك فى معناه بخلاف المشترك اللفظى •

وإذا وجدت كلمة "مشترك" فى تعبير العلماء مطلقة غير مقيدة بأنه مشترك لفظى ، أو معنوى ، فإنها في هذه الحال تنصرف إلى المشترك اللفظى ، فإذا قال العلماء عن لفظ ما ، إنه مشترك ، ولم يبينوا هل هو مشترك لفظى أو مشترك معنوى ، فإننا نفهم من الإطلاق أنهم يريدون به المشترك اللفظى •

وأما إذا أريد به المشترك المعنوى ، فلابد من التقييد ، فيقال : هذا اللفظ مشترك معنوى •

هذا ، ويرى بعض العلماء أنه لا يوجد مشترك في اللغة ، واحتجوا على رأيهم هذا بأن الغرض من وضع اللغة هو أن تتميز المعانى بالأسماء ؛ ليحصل بها الإفهام ، فلو كان هناك لفظ واحد وضع لمعنى ، ووضع لمعنى آخر خلاف هذا المعنى على طريق البدل لما فهم أحد بهذا اللفظ أحد هذين المعنيين ، وهذا يؤدى إلى انتقاض الغرض من المواضعة •

ولكن جماهير العلماء يرون وجود المشترك فى اللغة ، والحجة فى هذا أنه لا يوجد ما يمنع عند بداية الوضع اللغوى أن تضع قبيلة من القبائل مثلا اسم " القرء " للحيض ، وتضعه قبيلة أخرى للطهر ، ويشيع استعمال ذلك بين الناس ، ويخفى أن هذا الاسم قد وضع لهذين المعنيين من جهة قبيلتين ، فيفهم من هذا اللفظ عند إطلاقه الحيض والطهر على طريق البدل •

انظر : المعتمد لأبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى ، الجزء الأول ، ص٢٢ طبع المطبعة الكاثلوكية فى بيروت ١٩٦٤ ، وانظر : أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٣٤٧ •

فبين اللفظين عموم وخصوص مطلق ، لأن كل قضاء حكم ، وليس كل حكم قضاء ، وكذلك كل قاضٍ حاكم ، وليس كل حاكم قاضياً [١].

وهذا مثل العلاقة بين كلمة إنسان وكلمة حيوان ، فكل إنسان حيوان ، وليس كل حيوان إنسانا ، لأن الإنسان نوع من الحيوان هو الحيوان الناطق •

<u>كما يحسن أيضا أن نبين أن العلماء تكلموا عن القضاء فى مجالين :</u>

أحدهما : مجال العبادة كالصلاة ، والصيام ، والقضاء فيها عندهم هو أن تفعل خارج وقتها المحدود شرعا ، والأداء فعلها فى الوقت المحدود ، وهو استعمال مخالف للوضع اللغوى لكنه اصطلاح بين العلماء لكى يميزوا بين الوقتين [٢].

والمجال الثانى : وهو المجال الذى نتكلم فيه الآن ، هو مجال الحكم بين الناس •

ولفقهاء الشريعة تعريفات متعددة للقضاء الذى هو الحكم بين الناس ، نذكر أمثلة منها :

عند الحنفية :

عرفه علماء الحنفية بأنه : " الفصل بين الناس فى الخصومات ، حسما للتداعى ، وقطعا للنزاع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة " [٣].

وعند المالكية :

وعرفه ابن عرفة من علماء المالكية بأنه : " صفة حكمية ، توجب لموصوفها [٤] نفوذ [٥] حكمه الشرعى ، ولو بتعديل أو تجريح ، لا فى

---

(١) كتاب النيل وشفاء العليل ، لعبد العزيز الثمينى ، مع شرحه لمحمد بن يوسف أطفيش جـ١٢ ص ١٠ ، مكتبة الإرشاد بجدة ، الطبعة الثالثة •

(٢) المصباح المنير ، للفيومى ، مادة قضى •

(٣) رد المحتار حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٥٩ •

(٤) موصوفها هو القاضى •

(٥) النفوذ ـ بالذال المعجمة ـ الإيصال والإمضاء ، وهو المراد هنا ، وأما النفود ـ بالإهمال ـ فهو الفراغ والتمام • شرح النيل وشفاء العليل ، جـ ١٣ ، ص ١٢ •

عموم مصالح المسلمين " ، والمراد بنفوذ حكمه نفوذ جميع أحكامه ، وبهذا يخرج التحكيم ، وكذلك تخرج ولاية الشرطة وأخواتها ، لأنها خاصة ببعض الأحكام ، والحسبة فإنها خاصة بأحكام السوق .

ويخرج بجملة : " لا فى عموم مصالح المسلمين " الولاية العظمى أى رياسة الدولة ، فإن رياسة الدولة نفوذ حكمها عام فى مصالح المسلمين [1] بخلاف القضاء ، فليس للقاضى حق تقسيم الغنائم ، وتفريق الزكاة ، ولا ترتيب الجيوش ، ولا قتال البغاة ، ولا الإقطاعات [2].

ويلاحظ على هذا التعريف التطويل بذكر مثال التعديل والتجريح ، والتعاريف مبناها على الاختصار .

وعرّفه الدردير من علماء المالكية أيضاً ، بأنه : " حكم حاكم أو محكم بأمر [3] ثبت عنده ، كدين وحبس ، وقتل ، وجرح ، وضرب ، وسب ، وترك صلاة ، ونحوها ، وقذف ، وشرب ، وزنا ، وسرقة ، وغصب ، وعدالة ، وضدها ، وذكورة ، وأنوثة ، وموت ، وحياة ، وجنون ، وعقل ، وسفه ، ورشد ، وصغر ، وكبر ، ونكاح ، وطلاق ، ونحو ذلك ، ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه ، أو حكمه بذلك المقتضى [4] .

وبعد أن ذكر الدردير هذا التعريف ، أراد أن يبين معنى عبارة : "ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه ، أو حكمه بذلك المقتضي " ، فقال : مثاله : لو ثبت عنده دين أو طلاق ، فالحكم تارة بالدين أو الطلاق ، ليرتب

---

(١) شرح الإمام محمد التاودى ، المسمى بحلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، وهو شرح لأرجوزة : تحفة الحكام لمحمد بن محمد بن عاصم ، جـ ١ ، ص ١٤ .

(٢) البهجة فى شرح التحفة ، لعلى بن عبد السلام التسولى على تحفة الحكام لابن عاصم جـ ١ ، ص ١٥ .

(٣) أى بسبب أمر ثبت عنده .

(٤) الشرح الصغير ، لأحمد الدردير جـ ٤ ص ١٨٥ ـ ١٨٦ .

على ذلك : الغرم : أو فراقها ، وعدتها ، او يحكم بالغرم أو الفراق ، لما ثبت عنده على حسب ما يقتضيه الحال من الرفع له " .

ويلاحظ على هذا التعريف التطويل الذى لا داعى له ، لأن التطويل يعاب فى التعاريف ، إذ التعاريف مبناها على الاختصار .

عند الشافعية :

وعرفه بعض فقهاء الشافعية بأنه : " فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " [١] . وعرفه بعض فقهائهم أيضا أنه : " إلزام من له الإلزام بحكم الشرع " ، وإن كان يرد على التعريفين أنهما غير مانعين لأنهما شاملان لرياسة الدولة والتعريف الأول يشمل حكم المحكم أيضا .

هذا وسلطة الإلزام ملاحظة عند بعض العلماء فى تعريف القاضى بخلاف المفتى ، لأن المفتى وإن كان يتفق مع القاضى فى أن كلا منهما مظهر لحكم الشرع ، إلا أن القاضى له سلطة الإلزام والإمضاء ، أى تنفيذ الحكم بجانب إظهاره لحكم الشرع ، وأما المفتى فليس له سلطة الإلزام والإمضاء ، وإنما هو مظهر فقط لحكم الشرع فى المسألة التى يستفتى فيها ولذلك قال بعض العلماء : إن القيام بحق القضاء أفضل من الإفتاء [٢] ، وإن كان المفتى أقرب إلى السلامة ، وأبعد من القاضى عن الإثم [٣] .

وقد لاحظ أيضا ابن رشد ــ أحد فقهاء المالكية ــ سلطة الإلزام الثابتة للقاضى ، عند تعريفه للقضاء ، فعرفه بأنه : " الإخبار عن حكم شرعى على سبيل الإلزام " [٤] . ومن هذا التعريف أيضا يتبين الفرق بين المفتى والقاضى .

---

(١) مغنى المحتاج ،جـ ٤ ، ص ٣٧١ ، وحاشية الشرقاوى على التحرير ، جـ٢ص ٤٩١ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ، جـ٨ ، ص ٢٣٥ ، وحاشية الشرقاوى على التحرير ،جـ ٢ ص ٤٩١

(٣) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، جـ ١ ص ٣٦ .

(٤) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لإبراهيم بن على بن فرحون ، مطبوع بهامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ محمد أحمد عليش ،جـ ١ ص ١٢ .

عند الحنابلـــــــة :

وعرفه بعض فقهاء الحنابلة بأنه : " الإلزام بالحكم الشرعى وفصـــل الخصومات [١] " وهناك تعريف آخر فى كتب الحنابلة هو " تبيين الحكـــم الشرعى والإلزام به ، وفصل الخصومات " [٢].

ويلاحظ على التعريفين أنهما غير مانعين ، لأنهما يشملان حكم رئيس ...نه .

وعرفه الصنعانى بأنه : " إلزام ذى الولاية بعد الـــترافع " • وذكـــر الصنعانى تعريفا آخر لغيره من العلماء هو أنه : " الإكراه بحكم الشرع فى الوقائع الخاصة لمعين أو جهة " ، ثم بين الصنعانى أن المراد بالجهة كمـــا لو حكم القاضى لبيت المال (الخزانة العامة للدولة) أو عليه [٣].

ويلاحظ على هذا التعريف أيضا الملاحظة على التعريفين السابقين •

رأى القرافى :

ويرى القرافى ــ أحد كبار علماء المالكية ــ التعبير بإنشاء الإلـــزام بدلا من الإلزام ، فقد عرف الحكم أى القضاء بقوله : " إنشاء الإلـــزام أو إطلاق " ، فإنشاء الإلزام كما إذا حكم القاضى بلزوم المهر للزوجـــة ، أو النفقة لها ، أو حكم بلزوم الشفعة ، وما ماثل هذا •

فالحكم بالإلزام هو الحكم ، وأما الإلزام الحسى من حبـــس أو غـــيره فليس بحكم ، لأن القاضى قد يعجز عن ذلك • وأما الحكم بالإطلاق فكمـــا لو نظر القاضى فى قضية أرض زال الإحياء عنهـــا [٤] ، فحكـــم بزوال

---

(١) كشاف القناع ، للبهوتى ، جـ ٦ ص ٢٨٥ •

(٢) شرح منتهى الإرادات المجلد الثالث ، ص ٤٥٩ •

(٣) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ٤ص ١١٥ •

(٤) إصلاح الأراضى البور يسمى فى الاصطلاح الفقهى : إحياء المـــوات ، شـــبه العلمـــاء عمارة الأرض بالحياة ، وتعطيلها بعدم الحياة ، فإحياء الأرض عمارتها ، وبين العلمـــاء أن الموات هو ما ليس يملكه أحد من الأرض ، ولا ينتفع بها بأى وجـــه مـــن وجـــوه الانتفاع ، ويكون موقعها خارج البلد ، وعلى هذا لا يعد مواتـــا أرضـــا مملوكـــة ==

الملك فإنها تبقى مباحة لكل أحد أو زوال ملك الصائد عن صيد ندَّ ، فيجوز لكل أحد بعد ذلك أن يصيده [1].

الرأى غير صحيح :

وهذا الرأى غير صحيح ، لأن ولاية إنشاء الأحكام بها ليست ثابتة للقاضى بل هى لصاحب الشرع خاصة ، ولذلك يقول الفقهاء : إن حكم القاضى مظهر للحق وليس مثبتا له ، أى ليس منشئا له •

فالإلزام الذى يصدر من القاضى إلزام فى ظاهر الأمر فقط ، أى ليس إلزاما حسيا ، وأما التنفيذ الحسى فهو للسلطة التنفيذية ، وهو تنفيذ للإلزام الذى ثبت بخطاب الشارع •

ولهذا فالصحيح أن القضاء إخبار وليس إنشاء ، والإلزام الذى هو فى ظاهر الأمر هو الذى يميز القضاء عن الفتوى ، وتشترك الفتوى مع القضاء فى أن كلا منهما إخبار عن الحكم الشرعى ، ولكن الذى يميز

==لأحد ، أو أرضا ينتفع بها على أى صورة كان الانتفاع ، كما لو كانت مرعى للحيوانات ، أو كانت أرضا داخل البلد •

وجمهور العلماء على أنه يجوز إحياء الموات وتملكه ولو لم يستأذن الحاكم فى ذلك ، وأبو حنيفة يشترط إستئذانه •

وقد استند الجمهور إلى ظاهر الحديث الوارد فى هذا ، وهو ما رواه البخارى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها ، أن النبى ﷺ قال : " من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها " قال عروة : وقضى به عمر فى خلافته •

واستندوا أيضا إلى القياس على تلك الماء المأخوذ من البحر والنهر ، وما صيد من الطيور والحيوانات ، فإن العلماء متفقون على أنه لا يشترط فى ذلك إذن الحاكم • سبل السلام ، للصنعانى ، جـ٣ص ٨٢ ، والفقه الإسلامى وأدلته ، للدكتور / وهبه الزحيلى جـ٤ص٧٠ •

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ، مطبوع بهامش فتح العلى المالك ، جـ١ص ١٢ ، والبهجة فى شرح التحفة لعلى بن عبد السلام التسولى ،جـ١، ص ١٥ ، دار المعرفة ، بيروت •

القضاء عن الفتوى أن الفتوى إخبار عن الحكم ولا إلزام فيها ، أما القضاء فهو إخبار عن الحكم على سبيل الإلزام [1].

هذا ، ويمكن أن نختار من بين هذه التعريفات تعريف ابن رشد للقضاء ، وهو : " **الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام** " .

---

(1) أستاذنا الدكتور : عبد العال عطوة " محاضرات في علم القضاء " مكتوبة بالآلة الكاتبة ص ١٢ .

ضرورة القضاء وسموه ، وخطره

ضرورة القضاء :

الإنسان كائن اجتماعى بطبعه الذى فطره الله عليه ، لا يستطيع العيش – فى يسر – منفردا ، فلا تستقيم حياته إلا إذا عاش فى جماعة ، وإذا كان الناس لا يستطيعون الحياة الكاملة إلا مجتمعين فلابد أن تحدث نزاعات وخلافات حول الكثير من الأمور، لتعارض المصالح والرغبات ، ولحب السيطرة ، والاستيلاء على ما هو من حقوق الغير ، وضن النفوس بحقوق الآخرين ، فإذا لم يوجد رئيس لهذه جماعة يكون حاسما للتنازع والتواثب ، وظلم الناس بعضهم لبعض ، ومؤديا الحقوق إلى أصحابها ، أدى ذلك إلى حدوث ضرر جسيم ، قل أن يسلم منه أحد من أفراد الجماعة ، ولذلك كان من الواجبات التى أوجبها الشرع – بإجماع العلماء إقامة رئيس للدولة ، لكى يحقق العدل ويمنع ظلم البعض للبعض ، ويؤكد شرع الله ، لأن طبائع البشر قد جبلت على التظالم ، وقلّ من الناس من ينصف من نفسه ، فلابد من وجود سلطة قادرة قاهرة لها السيادة على الجميع ، تمنع المظالم وتقطع المنازعات التى هى مادة الفساد ، وهذه السلطة تتمثل فى رئيس الدولة .

رئيس الدولة مشتغل بما هو أهم من القضاء :

ومن المعلوم أن الرئيس الأعلى للدولة ، مشتغل بما هو أهم من القضاء ، ولا يستطيع أن يقوم بنفسه بكل الأمور التى نُصب من أجلها ، فهو يحتاج إلى من ينوب عنه ويقوم مقامه ، فكان لابد من وجود القاضى ، لينوب عن رئيس الدولة فى رفع الظلم وإيصال الحقوق إلى أربابها ، وكل ما هو من مصالح الناس ، ولهذا كان رسول الله ﷺ يبعث القضاة إلى

الآفاق ، فبعث معاذ بن جبل ــ رضى الله عنه ــ إلى اليمن ، وبعث عتاب ابن أسيد ﷺ إلى مكة [1].

سمو القضاء :

دلت النصوص الشرعية على أن فى القضاء فضلا عظيما لمن قوى على القيام به وأداء الحق ، **من ذلك ما بينه رسول الله ﷺ من أن الله عز** وجل جعل فيه أجرا مع الخطأ ، واسقط عنه حكم الخطأ ، فعن عمرو بن العاص ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ، ثم أصاب ، فله أجران ، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ فله أجر " رواه البخارى ومسلم [2].

وفى رواية صحح الحاكم إسنادها : " فله عشرة أجور " ، لكن الإمام الشوكانى بين أن هذه الرواية التى رواها الحاكم والدار قطنى فى إسنادها فرج بن فضالة ، وهو أحد الضعفاء فى الحديث ، فلا تقبل هذه الرواية ، وكذلك توجد رواية أخرى عند أحمد بن حنبل بلفظ : " إن أصبت القضاء فلك عشرة أجور ، وإن اجتهدت ، فأخطأت فلك حسنة " ، وهذه أيضا رواية ضعيفة [3] ، فالثابت هو الرواية التى بينت أن المجتهد إذا اجتهد فأصاب فله أجران ٠

وقد أجمع علماء المسلمين على أن هذا الأجر فى الحاكم إذا كان عالما مجتهدا ، أما الجاهل فهو آثم بجميع أحكامه ، حتى إن وافق حكمه الصواب ، وأحكامه كلها مردودة عند بعض العلماء لأن الإصابة فى أحكامه اتفاقية [4].

---

(١) بدائع الصنائع ، للكاسانى ، جـ ٧ ، ص ٢ ، ونهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ص ٢٣٦ ٠

(٢) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ص ١١٧ ، ١١٨ ٠

(٣) نيل الأوطار ، للشوكانى ، جـ ٩ ، ص ١٦٤ ، ١٦٥ ٠

(٤) حاشية الشرقاوى على التحرير ، جـ ٢ ، ص ٤٩١ ٠

القضاء من أعمال الطاعات :

والقضاء يعد من أعمال الطاعات والتقرب إلى الله – عز وجل – إذا أخلص قيه القاضى وقصد به وجه الله ، لأن فى القضاء أمرا بالمعروف ، ونصرة للمظلوم ، وأداء للحقوق إلى أصحابها ، وإصلاحا بين الناس ، وتخليصا لبعضهم من بعض ، وذلك كله من أبواب الطاعات والتقرب إلى الله – عز وجل – ، ولذلك تولى النبى ﷺ القضاء ، وتولاه الأنبياء قبله عليهم الصلاة والسلام جميعا ، فكانوا يحكمون لأممهم ، وبعث ﷺ على ابن أبى طالب ﷺ قاضيا إلى اليمن ، وكذلك بعث معاذ بن جبل قاضيا •

خطر القضاء :

لكن يجب أن يلاحظ أنه إذا لم يقم صاحب هذا المنصب الخطير بما أوجبه الشرع ، ولم يؤد الحق فيه ، فإنه يعرض نفسه لخطر عظيم ووزر كبير ، ولذلك نقل عن علمائنا السابقين – رضى الله عنهم – ، أنهم كانوا يتخوفون منه ، ويمتنعون عن توليه أشد الامتناع ، فقد حكى العلماء : أن أبا حنيفة اجتنب القضاء ، وصبر على الضرب ، والسجن حتى مات فى السجن ، وقال : البحر عميق فكيف أعبر بالسباحة ؟ [1] وامتنع الشافعى لما استدعاه المأمون للقضاء • ويقال : أعلم الناس بالقضاء أشدهم له كراهة [2].

ولشدة خطره نجد رسولنا ﷺ يقول فيما رواه أبو هريرة عنه : " من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين " ، رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجه ، وصححه ابن خزيمة ، وابن حبان •

فهذا الحديث الشريف يفيد عظم خطر منصب القضاء ، يقول الصنعانى عند شرحه لهذا الحديث الشريف : " كأنه يقول من تولى القضاء فقد تعرض لذبح نفسه ، فليحذره ، وليتوقه ، فإنه إن حكم بغير الحق مع

---

(١) شرح فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، وحاشية سعدى جلبى ، جـ ٧ ، ص ٢٦٠ •

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٩ ص ٣٤ ، ٣٥ ، وسبل السلام جـ ٤ ، ص ١١٧ •

علمه به ، أو جهله له ، فهو فى النار " ... وقال الصنعانى : " وقيل ذبح ذبحا معنويا ... لأنه إن أصاب الحق فقد أتعب نفسه فى الدنيا ، لإرادتـه الوقوف على الحق وطلبه ، واستقصاء ما تجب عليه رعايته فى النظر فى الحكم ، والموقف مع الخصمين ، والتسوية بينهما فى العدل والقسط ، وإن أخطأ فى ذلك لزمه عذاب الآخرة ، فلابد له من التعب والنصب " [١].

وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين :

ويذكر بعض العلماء وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين ، فيقـول : لأن السكين تؤثر فى الظاهر والباطن جميعا ، والذبح بغير سكين يؤثر فى الباطن بإزهاق الروح ، ولا يؤثر فى الظاهر ، ووبال القضاء لا يؤثر فـى الظاهر ، فإن ظاهره جاه وعظمة ، لكن باطنه هلاك [٢].

ويقول البعض الآخر : " هذا الحديث دليل على شرف القضاء وعظيم منزلته ، وأن المتولى له مجاهد لنفسه وهواه ، وهو دليل على فضيلة مـن قضى بالحق ، إذ جعله ذبيح الحق امتحانا لتعظم لـه المثوبـة امتنانـا ، فالقاضى لما استسلم لحكم الله ، وصبر على مخالفة الأقارب والأباعد فـى خصوماتهم ، فلم تأخذه فى الله لومة لائم ، حتى قادهم إلى مر الحق وكلمة العدل ، وكفهم عن دواعى الهوى والعناد جعل ذبيح الحق لله ، وبلـغ بـه حال الشهداء الذين لهم الجنة " [٣].

وبين الشيخ عبد الله الشرقاوى من علماء الشافعية ، أن هذا الحديـث محمول على عظم الخطر فيه ، أو على من يكره له أن يتولى القضاء ، أو يحرم عليه ذلك [٤].

---

(١) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١١٦ . سنن أبى داود جـ ٣ ، ص ٣٠٦ .
(٢) شرح فتح القدير ، وحاشية سعدى جلبى ، جـ ٧ ، ص ٢٦٢ .
(٣) تبصرة الحكام الطبعة الأولى ص ٩ .
(٤) حاشية الشرقاوى على التحرير ، جـ ٢ ، ص ٤٩١ .

وروى الإمام مسلم عن أبى ذر قال : " يا رسول الله ألا تستعملنى ؟ (أى توليني عملا من الولايات العامة) ، قال : إنك ضعيف ، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزى وندامة ، إلا من أخذها بحقها وأدى الذى عليه فيها" قال الإمام النووى : هذا أصل عظيم فى اجتناب الولاية ، ولا سيما لمن كان فيه ضعف ، وهو فى حق من دخل فيها بغير أهلية ولم يعدل ، فإنه يندم على ما فرط منه إذا جوزى الخزى يوم القيامة ، وأما من كان أهلا وعدل فيها ، فأجره عظيم ، كما تظاهرت به الأخبار ولكن فى الدخول فيها خطر عظيم ، ولذلك امتنع الأكابر منها ، والله أعلم [١].

وروى أبو داود ، والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجه ، والحاكم ، والبيهقى [٢] ، أن رسول الله ﷺ قال : " القضاة ثلاثة : اثنان فى النار ، وواحد فى الجنة ، رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به ، وجار فى الحكم فهو فى النار ، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو فى النار .

مشروعية القضاء :

من القرآن :

قامت الأدلة من الكتاب الكريم ، والسنة النبوية الشريفة ، وإجماع علماء الأمة الإسلامية على أن القضاء مشروع ، فمن الكتاب الكريم قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله** ﴾ [٣] ، وقوله عز وجل : ﴿ **وأن احكم بينهم بما أنزل الله** ﴾ [٤] ، وقوله تعالى : ﴿ **وإذا**

---

(١) فتح البارى ، بشرح صحيح البخارى ، لابن حجر العسقلانى ، جـ ٣ ،ص ١٢٦ .
(٢) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١١٥ .
(٣) سورة ص ، الآية ٢٦ .
(٤) سورة المائدة ، الآية ٤٩ .

دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم ﴾ (١) ، وقوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ (٢) ، وقوله تعالى : ﴿ إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ﴾ (٣).

من السنة :

وأما السنة ، فمنها ما رواه عمرو بن العاص عن النبى ﷺ أنه قال : " إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر " ، رواه البخارى ومسلم • وغير ذلك من الأحاديث الشريفة •

من الإجماع :

وقد أجمع علماء المسلمين على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس (٤).

الحكم الشرعى لوجود القاضى :

علمنا أن القضاء مشروع بمعنى أن الشرع أقره ، لكننا سنتعرض هنا لجزئية أخرى هى مع أن القضاء مشروع ، هل وجود القاضى من المباحات أو من الأمور المستحبة ، أو من الأمور المفروضة ؟ لأن من المعروف أنه قد يكون الشئ مشروعا ومع ذلك هو جائز ، او مستحب ، أو واجب ، فما هو حكم وجود القاضى فى المجتمع من هذه الناحية ؟ بين العلماء أن القضاء من فروض الكفايات ، قال شمس الدين الرملى : " بل

---

(١) سورة النور ، الآية ٤٨ •

(٢) سورة النساء ، الآية ٦٥ •

(٣) سورة النساء ، الآية ١٠٥ •

(٤) المغنى لابن قدامة ، جـ ٩ ، ص ٣٤ ، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ، ص ٣٠٧ ، وكشاف القناع ، للبهوتى جـ ٦ ، ص ٢٨٦ •

هو أسنى فروض الكفايات حتى ذهـــب الغزالـــى إلـــى تفضيلـــه علـــى الجهاد " [1].

معنى الفرض الكفائى :

ومعنى الفرض الكفائى أنه الأمر الذى طلب الشارع حصولـــه علـــى سبيل الحتم والإلزام من مجموع المكلفين لا من كل فـــرد ، وذلـــك مثـــل القضاء ، والإفتاء ، والجهاد فى سبيل الله ، ورد السلام إذا كان المرء فـــى جماعة ، وأداء الشهادة ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكـــر ، وتعلـــم الطب والصناعات التى يحتاج الناس إليها فى حياتهم ٠

حكم هذا النوع :

حكم هذا النوع أنه إذا فعله البعض من المكلفين سقط الوجـــوب عـــن الباقين ، وأما إذا لم يفعله أحد فإن جميع القادرين علـــى فعلـــه يكونـــون آثمين ٠

ويتحول إلى واجب عينى :

وقد يتحول الواجب الكفائى إلى واجب عينى ، وذلك إذا كـــان يوجـــد شخص يستطيع القيام بهذا الواجب ، ولا يوجد غيره يستطيع القيام بـــــه ، كما لو وجد شخص تتوافر فيه شروط القاضى ولا يوجد غيره متوافرة فيه هذه الشروط ، فيصير فى هذه الحال تولى منصب القاضى ليـــس فرضـــا كفائيا عليه ، بل تحول إلى فرض عينى ، فإذا لم يتـــول هـــذا الشـــخص القضاء كان آثما ، وذلك لأنه لابد من وجود القضاء بيـــن النـــاس ، لأن أمورهم لا تستقيم بدونه ، فكان واجبا عليهم إيجاده بينهم ، قال أحمد بـــن حنبل : " لابد لناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟" ٠

---

(١) نهاية المحتاج للرملى جـ ٨ ، ص ٢٣٥ ٠

وكذلك لو كان هناك أكثر من واحد يصلح لتولى القضاء ، وامتنعوا جميعا عن توليه ، فإنهم يأثمون جميعا بتركه ، كما لو ترك الجميع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر •

قال بعض العلماء : وفى هذه الحال يُجبر رئيس الدولة أو من له السلطة أحدهم على تولى هذا المنصب [1] ، وذلك لأنه إذا لم يجبر رئيس الدولة أو من له السلطة أحدهم فى هذه الحال ، بقى الناس بلا قاض ، وضاعت الحقوق ، وذلك غير جائز •

ويرى بعض آخر من العلماء أنه ليس من حق رئيس الدولة إجباره ؛ لأن القضاء فرض كفاية ، فلو أجبرناه عليه تعين عليه ، أى صار فرض عين لا فرض كفاية • لكن يرد على هذا بأن الفرض الكفائى يتحول إلى فرض عينى عندما لا يقوم القادرون بالفرض الكفائى •

<u>إقامة قاض بين الناس فرض عين على رئيس الدولة :</u>

بينا أن وجود القاضى بين أفراد المجتمع ليحكم بينهم فى خصوماتهم ودعاواهم فرض كفائى ، فإذا وجد من يقوم بهذا الواجب فقد سقط الوجوب عن الباقى ، ونبين أن العلماء قرروا أنه من الفروض العينية على رئيس الدولة أن يقلد شخصا القضاء ، فلا يجوز لأن يخلى المجتمع من قاضى [2].

ليس من اللازم أن يقوم غير رئيس الدولة بالقضاء :

وليس من اللازم أن يقوم غيره بالقضاء ، فمن الجائز أن يقوم رئيس الدولة بهذا المنصب إذا كانت أعباء منصبه تسمح بهذا ، فإذا لم تسمح

---

(١) نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ، ص ٢٣٥ ، وتكملة المجموع ، لمحمد نجيب المطيعى • جـ ١٣ ، ص ١٠٦ •

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ، الطبعة الثانية ، جـ ٧ ، ص ٢ ، دار الكتاب العربى •

الأعباء بقيامه بالقضاء وجب عليه أن يقيم للناس قاضيـــا ، والغـــالب أن واجبات منصب رئيس الدولة وتعددها لا تعطيه الوقـــت لتولـــى القضـــاء بجانب أعماله الأخرى .

الدليل على أن نصب القاضى فرض :

ومما يدل على ان نصب القاضى فرض ، أن القاضى ينصب لإقامـــة أمر مفروض هو القضاء ، قال الله عز وجل : ﴿ **يـــا داود إنـــا جعلنـــاك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق** ﴾ [1] ، وقال تبـــارك وتعـــالى لنبينا محمد ﷺ : ﴿ **فاحكم بينهم بما أنزل الله** ﴾ [2].

ولما كان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنـــزل الله ــ عز وجل ــ ، والقاضى وسيلة إلى الحكم بالحق وبما أنزل الله ــ عز وجل ــ وهذا فرض فإن نصب القاضى يكون لإقامة الفرض فيكون فرضا .

ويدل على ذلك أيضا : أن نصب رئيس الدولة واجب شرعا ، للأدلـــة التى قامت على ذلك ، ومنها إجماع الصحابة ــ رضى الله عنهم ــ علـــى وجوب إقامة رئيس لهم يخلف رسول الله ﷺ فى رعاية مصالحهم الدينيـــة والدنيوية ، وكان ذلك فى اجتماعهم فى سقيفة بنى ساعدة [3] يـــوم وفـــاة رسول الله ﷺ .

والاحتياج إلى رئيس الدولة إنما هو لإيصال الحقوق إلى أصحابـــها ، وإنصاف المظلوم من الظالم ، وقطع المنازعات ، وإقامة الحـــدود علـــى مرتكبى الجرائم التى تستحقها ، وغير ذلك من الأمور التى لا تتحقـــق إلا بوجود رئيس الدولة .

---

(١) سورة ص ، الأية ٢٦ .

(٢) سورة المائدة ، الأية ٤٨ .

(٣) سقيفة بنى ساعدة كانت مكانا للاجتماعات العامة فى المدينة ، كما كانت دار الندوة بمكـــة المكرمة .

ومن المعلوم أن رئيس الدولة لا يمكنه أن يقوم بـهذه الأمـور التـى نصب لها ، وإنما يحتاج إلى نائب يقوم بهذه الأمور نيابة عنه فى ذلـك ، وهو القاضى .

ولهذا كان رسول الله ﷺ يبعث القضاة إلى النواحي المختلفة ، فبعث معاذ بن جبل إلى اليمن ، وبعث عتاب بن أسيد إلى مكـة ـ كمـا بينـا سابقا ـ ، فكان نصب القاضى من ضرورات نصب رئيس الدولة ، فكـان فرضا [1].

ينبغى اختيار الأفضل :

هذا ، وقد بين العلماء أنه ينبغى لمن له ولاية تقليد القضاة وهو رئيس الدولة أو من يقوم مقامه أن يختار لهذا المنصب من هو أقدر وأولى لديانته وعفته وقوته دون غيره ، استنادا إلى ما رواه الطبرانى عن ابن عبـاس ، قال : قال رسول الله ﷺ : " من تولى من أمر المسلمين شـيئا فاسـتعمل عليهم رجلا ، وهو يعلم أن فيهم من هو أولى وأعلم منه بكتاب الله وسـنة رسول الله ﷺ فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين " .

<u>حكم قبول القضاء :</u>

بين علماؤنا ـ رضى الله عنهم ـ أن قبول القضاء قد يكون فى بعض الأحوال جائزا ، وقد يكون فرض عين ، وقد يكون حراما .

الحال الأولى : جواز قبول القضاء ، وهى ما إذا كان الشخص تتوافر فيه الشروط التى يجب أن تتوافر فى القاضى مـن عدالـة ، واجتـهاد ، وغيرهما ، ويوجد غيره مثله تتوافر فيه هذه الشروط ، فـهذا لا يفـرض عليه قبول القضاء ، بل هو فى سعة من القبول والترك .

<u>الدليل على جواز القبول :</u>

وقد استدل لجواز القبول بأن الأنبياء والمرسلين صلوات الله وسـلامه عليهم أجمعين ، قضوا بين الأمم بأنفسهم ، وقلدوا غيرهم القضاء ، وأمروا

---

(1) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ٤ .

بذلك ، فقد بعث رسول الله ﷺ معاذا ﷺ إلى اليمن قاضيا ، وبعث عتاب بن أسيد ﷺ إلى مكة قاضيا ـ كما قلنا سابقا ـ ، وكذلك ثبت عن الخلفاء الراشدين أنهم قضوا بأنفسهم ، وقلدوا غيرهم القضاء ، فقلد عمر بن الخطاب شريحا القضاء ، وقرره عثمان وعلى ـ رضى الله عنهم ـ أجمعين •

الدليل على جواز الترك :

وأما جواز الترك فقد استدل عليه بما روى عن رسول الله ﷺ أنه حذر أبا ذر من الإمارة •

ما هو الأفضل ؟ •

هذا ، وإذا كان يجوز الترك والقبول ، فما هو الأفضل ، هل الأفضل له قبوله أم الأفضل له تركه ؟ قال بعض العلماء بهذا ، وقال البعض الآخر بذاك •

دليل من قال بأن الترك أفضل :

أما القائلون بأن الترك أفضل فقد احتجوا بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين " ، وهذا الحديث يجرى مجرى الزجر عن تولى هذا المنصب •

دليل من قال بأن القبول أفضل :

وأما القائلون بأن القبول أفضل فقد احتجوا بأن الأنبياء والمرسلين صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين قضوا بين أممهم بأنفسهم ، وكذلك قضى الخلفاء الراشدون ، ولنا فيهم قدوة بعد رسول الله ﷺ ، ولأن القضاء بالحق إذا قصد به القاضى وجه الله تبارك وتعالى كان عبادة خالصة ، بل هو من أفضل العبادات •

الرد على الاستدلال بحديث : " من ولى القضاء " :

ثم رد هذا الفريق على الأستدلال بحديث : " من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين " بأن هذا الحديث محمول على القاضى الجاهل ، أو على العالم الفاسق ، أو الطالب للقضاء الذى لا يأمن على نفسه الرشوة ، فيخاف أن يميل إليها ، وبهذا يمكن التوفيق بين الأدلة (١).

الحال الثانية :

وجوب تولى القضاء وهى ما إذا كان الشخص يصلح للقضاء ، ولا يوجد شخص آخر تتحقق فيه هذه الصلاحية ، فهذا يتعين على رئيس الدولة أو من يمثله أن يوليه القضاء ، ويتعين عليه أن يقبل هذا المنصب إذا ولاه ، لأن القضاء فرض كفاية ، ولا يستطيع أحد غيره أن يقوم به ، فيتعين عليه كأى فرض آخر من فروض الكفايات إذا لم يوجد من يستطيع القيام به إلا واحد .

وإذا لم يكن معروفا عند رئيس الدولة أو من يقوم مقامه فى تولية القضاة ، لزمه أن يعرف بنفسه ، ويعرض نفسه عليه لتولى القضاء ، وذلك لأن هذا المنصب يجرى مجرى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ولو لم يكن يصلح للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا واحد وجب عليه ذلك .

لرئيس الدولة إجباره على تولى هذا المنصب :

وقد صرح بعض العلماء : بأن لرئيس الدولة أن يكره من يعلم قدرته على القضاء لتولى هذا المنصب الخطير ، وذلك لأنه لابد أن تصل الحقوق إلى أربابها بإلزام المانعين منها ، ولا يكون ذلك إلا بواسطة القضاء .

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ، جـ ٧ ص ٢٥٢ .

هذا ، وقد صرح فقهاء المالكية بأنه يجب قبول القضاء على الذى تتوافر فيه شروط القضاء ويخاف فتنة على نفسه أو ماله أو ولده ، أو على الناس إن لم يتول هو القضاء ، أو يخاف ضياع الحق له أو لغيره إن لم يتوله ، بل قالوا : إنه يلزمه أن يطلب توليته القضاء من الحاكم إن لم يطلب منه الحاكم توليه [1].

الحال الثالثة : حرمة تولى القضاء ، وهى حال ما إذا كان الشخص لا يحسن القضاء ، ولم تجتمع فيه الشروط المطلوبة ، فهذا يحرم عليه أن يقبل هذا المنصب •

دليل هذا :

يدل على هذا أن الرسول ﷺ بين أن من يقضى بين الناس على جهل معذب فى النار ، يقول ﷺ : " القضاة ثلاثة : اثنان فى النار ، وواحد فى الجنة ، رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار فى الحكم فهو فى النار ، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو فى النار " ، رواه أبو داود ، والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجه ، وصححه الحاكم [2].

حكم طلب القضاء :

ما سبق كان بيانا لحكم قبول القضاء إذا عرضه رئيس الدولة أو من له سلطة تعيين القضاة على الشخص ، ونتكلم هنا عن حكم السعى فى طلب القضاء ، بين ابن فرحون أحد أشهر علماء المالكية أن طلب القضاء يعتريه الأحكام الخمسة ، فيكون واجبا ، أو مستحبا ، أو حراما ، أو مكروها ، أو مباحا ، وإليك بيانا لهذه الأقسام الخمسة :

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ١٣٠ ، ١٣١ •

(٢) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١١٥ ، والمغنى لابن قدامة ، جـ ٩ ، ص ، وتكملة المجموع لمحمد نجيب المطيعى ، جـ ١٩ ، ص ١١٠ ، ١١١ •

متى يكون واجبا :

يكون واجبا إذا كان من أهل الاجتهاد ، أى له القدرة علـــى اســـتنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، أو من أهل العلم والعدالـــة ، ولا يوجد قاض ، أو يوجد قاض لكن لا تجوز ولايته أو ليس فى البلد مـــن يصلح للقضاء غيره • أو لكونه إن لم يتول القضاء يتولاه مـــن لا يجـــوز توليته •

أو كان القضاء بيد من لا يجوز بقاؤه عليه ، ولا سبيل إلى عزلـــه إلا بأن يتصدى هذا لهذا المنصب ، فحينئذ يتعين عليه التصدى لذلك والســـعى فيه ، إذا كان يقصد بطلبه حفظ الحقوق ، وجريان الأحكام على وفق شرع الله ، لأن فى تحصيله القيام بفرض الكفاية • أى يجب طلب القضاء سواء أكان المكان شاغرا ، أم مشغولا بمن لا يصلح للقضاء •

وصرح العلماء : بأنه يلزمه أن يطلب القضاء ممن له سلطة تعييـــن القضاة ، سواء كان من له سلطة تعيين القضاة عالما به ، ولم يطلب منـــه أن يتولى القضاء ، أم كان غير عالم به [1].

متى يكون مستحبا ؟ :

يكون مستحبا كما لو كان هناك عالم خامل الذكر ، لا يعرف رئيـــس الدولة أو من له سلطة تعيين القضاة ، ولا الناس علمه ، فلا يرجـــع إليـــه الناس لمعرفة الأحكام الشرعية ؛ لعدم شهرته ، فأراد أن يسعى فى القضاء لنشر العلم ونفع الناس به •

متى يكون حراما ؟ :

كما إذا سعى فى طلب القضاء وهو جاهل لا تتوفر فيه أهلية القضاء ، أو كان من أهل العلم وسعى فى طلبه لكنه متلبس بفعل من الأفعال التـــ

---

(١) نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ، ص ٢٣٦

توجب صفة الفسق ، كأن كان يشرب الخمر ، او غير ذلك من الأعمـــال المفسقة •

أو كان قصده بهذا المنصب أن ينتقم من أعدائه ، او قبول الرشوة من المتخاصمين أمامه ، وما ماثل هذا من المقاصد الممنوعة •

هذا ، **ويمكن أن نقول :** كما يحرم طلب القضاء على من لـــم تكـن شروط القاضى مستوفية فيه ، فإنه كذلك يحرم على أى شخص أن يطلـب منصبا عاما ، لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة لهذا المنصب ، كـــالذى لا يستطيع إلا أن يعرف مجرد القراءة والكتابة ، وليس عنده الكفاءة المطلوبة لعضوية المجالس التشريعية النيابية ، ومع ذلك يدخل فى هـــذه المجـالس اعتمادا على أن القانون الوضعى لا يشدد فى الشروط ، ويكتفـــى بمجــرد معرفة القراءة والكتابة •

فطلب هذا الموقع يكون حراما على من لا يصلح له بينه وبين الله تعـالى ، والمكافآت التى يحصل عليها لا تحل له ؛ لأنه ليس مستحقا شرعا لها •

متى يكون مكروها ؟ :

مثّل ابن فرحون لهذا القسم بما لو كان يســعى فـــى طلـــب القضـــاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس ، ثم قال : فهذا يكره له السعى ، ولو قيل إنه يحرم كان وجهه ظاهرا ، لقوله تعالى : **﴿ تلـــك الـــدار الآخـــرة نجعلـــها للذيـــن لا يريـــدون علـــوا فـــى الأرض ولا فســـادا والعاقبـــة للمتقين ﴾** [1].

ثم ذكر ابن فرحون صورة أخرى للكراهة ، وهى ما إذا كان غنيا عن أخذ الرزق على القضاء ، وكان مشهورا بعلمه بين الناس ، لا يحتـــاج أن يشهر نفسه وعلمه بالقضاء ، ثم قال ابن فرحون : " ويحتمل أن يلحق هـذا بقسم المباح " •

---

(١) سورة القصص ، الآية ٨٣ •

وأرى : أنه يمكن التمثيل لهذا القسم بما إذا كان الشخص يشك في استمرار التزامه بأحكام الشريعة إذا تولى هذا المنصب أو عدم الانحراف به ، وأما إذا كان يظن أو يوقن فيحرم عليه طلب القضاء .

متى يكون مباحا ؟ :

كما إذا كان فقيرا وله عيال ، فيجوز له أن يسعى فى تحصيل القضاء لكى يسد حاجته .

وكما لو كان يقصد به أن يدفع ضررا عن نفسه بتولى هذا المنصب [١].

القضاء عند العرب قبل الإسلام :

تبين كتب الأدب أنه كان فى الجاهلية من يسمون بالحكام ، الذين يفصلون بين الناس فى الخلافات والمنازعات التى كانت تحدث بينهم فى مسائل النسب ، والفضل ، والتركات ، والدماء ، ولم يكن هؤلاء – كما قد يظن البعض – قضاة بالمعنى المفهوم للقضاة اليوم ، بل كانوا " محكمين " بقصدهم الناس برضاهم دون إجبار من أحد .

أمور يختلف فيها القضاء والتحكيم :

والقضاء والتحكيم يختلفان فى أمور من أهمها :

أولا : أن القاضى موظف خصصته الدولة ؛ ليقضى بين الناس ، وليس له الحق فى أن يرفض النظر فى الخصومات ، أما الحكم أو "المحكَّم" فهو شخص عادى ليس له صفة رسمية ، يلجأ إليه الناس للفصل فى منازعاتهم ، فإن شاء قبل أن يقوم بهذه المهمة ، وإن شاء أبى ، وليس لأحد حق إجباره على هذه المهمة .

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلى المالك لمحمد أحمد عليس ، الجزء الأول ، ص ١٦ .

ثانيا : أن المدعى أو صاحب الحق إذا رفع دعواه إلى القاضى فإنـــه يصبح المدعى عليه ملزما بمخاصمة المدعى والحضـــور إلـــى مجلـس القاضى ، فإذا لم يحضر حكم القاضى عليه غيابيا ، أما التحكيم فليس لأحد الخصمين حق فى إجبار خصمه على المخاصمة والحضور أمام الحكـــم ، ولا عبرة للتحكيم إلا إذا رضى الخصمان كلاهما به ، وحضر كل منـــهما باختياره إلى الحكم .

ثالثا : قضاء القاضى ملزم لكلا الطرفين فى القضية التى نظرهـــا ، وإذا لم ينفذ المحكوم عليه ما حكم به القاضى اختيارا ، فإن الدولة تجـــبره على التنفيذ ولو باستعمال القوة ، أما حكم الحكم فى الخصومات التى يحكم فيها فإنه لا ينفذ إلا إذا كان كل من الخصمين راضيا لهذا الحكم [1].

من هذا تبين أن القضاء ملزم فى ثلاث نواح :

أولاها : أن القاضى ملزم بأن يقضى فيما يرفع إليه من قضايا .

ثانيتها : أن المدعى عليه ملزم بالخصومة والحضور أمـــام مجلـــس القاضى .

ثالثتها : أن الأحكام التى قضى بـــها القـــاضى ملزمـــة لكـــل مـــن المتخاصمين .

فطلب التحكيم ليس ملزما " للمحكم " وليس ملزما للخصم ، وكذلك مـــا حكم به المحكم فإنه لا يلزم أيا من الخصمين إلا برضاه بذلك .

من هذا يتبين أن العرب فى الجاهلية لم يعرفوا القضاء ، لأن القضـــاء أحد المظاهر التى تدل على التنظيم الحكومى ، ولم يكـــن للعـــرب قبـــل الإسلام حكومة بالمعنى الذى نعرفه للحكومات الآن [2] ، فلم تكن لهم إدارة

---

(١) هذا أحد رأيين فى الفقه الإسلامى ، والرأى الثانى أن الحكم إذا حكم فى المســـألة التـــى ينظرها فإن ينفذ حكمه عليهما ما داما رضيا بتحكيمه من البداية .

(٢) عبقرية الإسلام فى أصول الحكم ، للدكتور منير العجلانـــى ، ص ٣٣١ ، دار النفـــائس ببيروت .

منظمة لها السلطان الذى يخضع له الناس ، وتعمل على أن يصل الحق إلى صاحبه ، وتمنع أن يتعدى الناس بعضهم على البعض [1] . وإنما كانوا بدواً أو شبه بدو يعيشون فى قبائل شتى ، وكل قبيلة من هذه القبائل يجمع أفرادها رابطة الدم التى كانت موضع التقديس من كل عربى يعيش فى شبه الجزيرة العربية .

وإذا كانت المصادر تحدثنا عن " قاضى السوق " الذى يجلس فى سوق عكاظ ، فإن قاضى السوق لا يعدو أن يكون محكما اختارته جماعة السوق ؛ ليحكم بينهم فى أمور محدودة وموسم معين ، ثم تنتهى مهمته .

وكذلك تبين المصادر أن بنى سهم فى مكة كانوا أصحاب " حكومة " ، ولكن هذه الحكومة لم تكن منصبا ، وإنما كانت لقبا أطلق على بنى سهم ، لكثرة المحكمين منهم .

حكام اشتهروا فى الجاهلية :

وهناك حكام اشتهروا فى الجاهلية ، كالأقرع بن حابس ، وجابر بن زرارة ، وأكثم بن صيفى ، وعبد المطلب بن هاشم ، جد رسول الله ﷺ .

حكام أيضا من النساء :

وكان هناك أيضا حكام من النساء قد اشتهرن ، مثل حذام بنت الريان التى قيل فيها :

إذا قالت حذام فصدقوها ... فإن القول ما قالت حذام

وسحر بنت لقمان ، وهند الأيادية ، وغيرهن كثيرات [2].

الاحتكام إلى شيخ القبيلة والعراف ، والكاهن [3] :

---

(1) تاريخ الإسلام السياسى والمدنى والثقافى والاجتماعى ، للدكتور / حسن ابراهيم حسن ، الجزء الأول ، ص ٥١ ، ٥٢ .

(2) عبقرية الإسلام فى أصول الحكم ، ص ٣٣٣ .

(3) الكهانة والعرافة : مطالعة الغيب ، والإخبار بالحوادث الماضية والآتية ، وقد يخص بعض العلماء الكاهن بعلم المستقبل ، والعراف بعلم الماضى ، وكانوا يزعمون أن لهم أتباعا من الجن يسترقون السمع ويأتونهم بالأخبار ، فاشتد اعتقاد العرب فى الجاهلية فيهم ، وكثر التجاؤهم إليهم ، يستشيرونهم فى المعضلات ، ويستقضونهم فى الخصومات .

كان يرأس القبيلة واحد من أبنائها تعتمد عليه فى قيادتها فى معاركها المتعددة التى تخوضها ضد القبيلة الأخرى نهبا لما لديها ، أو استرداد لحق انتزعته الأخرى منها •

وكان شيخ القبيلة حكما بين الناس فى منازعاتهم وخلافاتهم يلجأون إليه بوصفه رمزا للسلطة والحكم •

وكان الناس أيضا يلجأون إلى العراف والكاهن للاستشارة فى الأمور المغيبة •

لم يكن للحكام قانون مدون :

الحكام الذين كان يقصدهم الناس للفصل فى قضاياهم لم يكونوا يحكمون بقانون مدون ، وإنما يرجعون إلى عرفهم وتقاليدهم التى كونتها تجاربهم أحيانا ، وما وصل إليهم عن طريق اليهودية أحيانا [1].

وكان الحكم فيها يجرى أحيانا بتوجيه من الغريزة والفطرة [2] •

يرتضون نظاما يتفق ومفاهيمهم الساذجة ، فيصير بمرور السنين عرفا ، لا يستطيع فرد أن يغير منه شيئا بسهولة ، وسواء فى هذا العرب الذين

==== ويرى البعض أن كلا من لقب الكاهن والعراف كان يطلق على الذين يخبرون عن الماضى والحاضر والمستقبل بما يدعون لأنفسهم من الاتصال بالقوى غير المنظورة ، ولكن لقب الكاهن اختص بطبقة تميزت بأنها كانت تلقى أجوبتها بأسلوب خاص هو أسلوب " السجع " ، ومن هنا اشتهر قولهم : " سجع الكهان " ، تاريخ الأدب العربى للأستاذ أحمد حسن الزيات ، ص ١٢ ، وعبقرية الإسلام فى أصول الحكم ، ص ٣٣٤ •

(١) فجر الإسلام ، للأستاذ أحمد أمين ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ •

(٢) الإسلام والحضارة العربية ، للأستاذ محمد كرد على ، جـ ١ ص ١٥٣ ، نقلا عن : تاريخ المسلمين فى أسبانيا ، للأستاذ دوزى •

كانوا يعيشون فى الصحراء ، مثل نجد ، وأطراف الحجاز والعرب الذين أخذوا بشئ من الحضارة ، الذين يقطنون المدن ، كمكة والمدينة أو فى أطراف شبه الجزيرة العربية ، كممالك اليمن فى الجنوب ، ومملكة الحيرة فى الشمال الشرقى ، ودولة الغساسنة فى الشمال الغربى .

وكان لكل قبيلة عرف وتقاليد خاصة قد تخالف ما للقبائل الأخرى من أعراف وتقاليد ، وقد تتفق معها فى كثير أو قليل [1].

---

(١) التاريخ الإسلامى والحضارة الإسلامية ، للدكتور أحمد شلبى ، جـ ١ ، ص ٤٤ .

القضاء فى عصر الرسول ﷺ

جرت العادة فى الأنظمة الحديثة على فصل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية ، وكل منهما أيضا عن السلطة التنفيذية تمشيا مع مبدأ فصل السلطات ، فرجال القضاء غير رجال التشريع ، وهم جميعا غير رجال التنفيذ .

ولكن الوضع فى عهد رسول الله ﷺ كان غير هذا الوضع ، فالرسول كان هو المرجع للتشريع ، فكان المسلمون يرجعون إليه ليعلموا حكم الله فيما يعرض لهم من الحوادث ، فإذا حدثت حادثة ، أو شجر بينهم خلاف ، فإن كان الرسول ﷺ بين قبل ذلك لها حكما عملوا به ، وإلا سألوه عليه الصلاة والسلام فإذا اجتهد ، واخبرهم بالحكم ، فإن كان اجتهاده صوابا أقره الله على هذا الحكم ، وإلا نزل الوحى عليه ينبهه إلى حكم الله فيها .

وكما كان رسول الله ﷺ هو المرجع للتشريع ، كان له سلطة القضاء وتطبيق النصوص التشريعية على كل ما يحدث من وقائع وتصرفات ، وهى السلطة التى استمدها من الله عز وجل ، فقد كان ﷺ مأمورا من ربه بالحكم والفصل فى الخصومات ، قال عز وجل : ﴿ **فاحكم بينهم بما أنزل الله** ﴾ (١) ، وقال سبحانه وتعالى : ﴿ **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما** ﴾ (٢).

فتولى رسول الله ﷺ القضاء بنفسه ، وولاه غيره أيضا ، لكن القضاء كان موقوفا على رسول الله ﷺ لا يولى أحدا فى القضايا التى يحضرها رسول الله ﷺ ، ولا يتقدم أحد بين يديه ، وأما فيما غاب عن رسول الله ﷺ فى الجهات والأقاليم ، فقد بعث عليا ومعاذ بن جبل إلى اليمن ، والأحاديث تحكى بعض وقائع رفعت إلى رسول الله ﷺ ، ليقضى فيها

---

(١) سورة المائدة ، الآية ٤٨ .

(٢) سورة النساء ، آية ٦٥ .

ورواه الإمام أحمد فى مسنده ، عن أم سلمة ، زوج النبى ﷺ ، أنها قالت : جاء رجلان يختصمان فى مواريث بينهما قد درست [١] ، ليس بينهما بينة ، فقال رسول الله ﷺ : " إنكم تختصمون إلى رسول الله ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض [٢] ، وإنما أقضى بينكم على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتى بها أسطاما [٣] فى عنقه يوم القيامة " ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حقى لأخى ، قال رسول الله ﷺ : " أما إذن فقوما فاذهبا فلتقتسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه " .

وقد بعث رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد إلى مكة [٤] ، وبعث معاذ بن جبل ، وعلى بن أبى طالب إلى اليمن ، وفوض إليهما ولاية القضاء بين الناس . كل واحد منهما فى جهة ، روى الإمام أحمد عن معاذ بن جبل ،

==خطاب للمقضى له ، ومعناه : إنه أعلم من نفسه ، هل هو محق أو مبطل ، فإن كان محقا فليأخذ ، وإن كان مبطلا فليترك ، فإن الحكم لا ينقل الأصل عما كان عليه . فتح البارى. وبين العلماء أن هذا الحديث يدل على أن الرسول ﷺ كان يقضى بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه وحى ، وأنه ربما أداه اجتهاده إلى أمر فيحكم به ، ويكون فى الباطن خلاف ذلك ، لكن مثل ذلك لو وقع لم يقر عليه ﷺ لثبوت عصمته . نيل الأوطار جـ٩ص١٨٦ .

(١) درست : أى خفيت آثارها .

(٢) قال الباجى ــ أحد كبار علماء المالكية ــ عند توضيحه لجملة : " ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض " : يريد ــ والله أعلم ــ أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج ، وأهدى إلى إيراد ما يحتاج من ذلك ، وأشد تبيينا لما يحتج به . المنتقى للباجى ، شرح موطأ مالك ، جـ ٥ ، ص ١٨٥ .

(٣) يقول ابن منظور : " الإسطام : القطعة من الشئ ، وفى الحديث عن النبى ﷺ من قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذنه ، فإنما أقطع له إسطاما من النار " أى قطعة منها ، ويروى اسطاما ، وهما الحديدة التى تحرك بها النار وتسعر ، أى أقطع له ما يسعر به . انظر لسان العرب ، الملجد الثالث ، ص ٣٨٧ .

(٤) أسيد ، بفتح الهمزة وكسر السين ، ابن أبى العيص بن عبد شمس القرشى ، الأموى ، أسلم يوم فتح مكة ، وولاه النبى ﷺ عليها بعد الفتح عندما سار إلى حنين وكان عمره يومئذ نيفا وعشرين سنة ، وبقى عليها إلى أن مات بها يوم أن بلغ نعى أبى بكر إلى مكة . تاريخ القضاء فى الإسلام لمحمود بن محمد بن عرنوس ، ص ١١ .

قال : لما بعثه الرسول إلى اليمن قال : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال أقضى بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد فى كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد فى سنة رسول الله ولا فى كتاب الله ؟ قال: أجتهد رأيى ولا آلو ، قال : فضرب رسول الله على صدره وقال : " الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله " ٠

وروى عن الإمام أحمد ، عن على بن أبى طالب ، قال : بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن ، قال : قلت : تبعثنى إلى قوم يكون بينهم أحداث ، ولا علم لى بالقضاء ؟ قال : " إن الله سيهدى لسانك ويثبت قلبك ، قال : فما شككت فى قضاء بين اثنين بعد " [١].

وعن علقمة عن عبد الله بن مسعود : أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ، ولم يدخل بها حتى مات ، فقال عبد الله بن مسعود: لها مثل صداق نسائها ٠ لا وكس [٢] ، ولا شطط [٣] ، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعى فقال : قضى رسول الله ﷺ فى بروع [٤] بنت واشق ، امرأة منا مثل ما قضيت ، ففرح بها ابن مسعود " ٠ رواه أحمد والأربعة وهم أبو داود والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجه ، وصححه الترمذى وحسنه [٥].

وروى أبو داود ، والترمذى ، وابن ماجه ، أن الجدة جاءت إلى أبى بكر ﷺ ، فسألته ميراثها ، فقال لها : مالك فى كتاب الله شئ فارجعى حتى أسأل الناس ، فسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة ، حضرت رسول الله ﷺ فأعطاها السدس ، فقال أبو بكر ، هل معك أحد غيرك ؟ فقام محمد

---

(١) مسند الإمام أحمد ، جـ ٢ ص ٢٦ ، ٣٢ ، طبع دار المعارف ، ١٩٤٢ ٠

(٢) بفتح وسكون الكاف ، معناه : النقص ، أى لا ينقص مهرها عن مهر مثلها ٠

(٣) الشطط : الجور ، أى لا يجار على الزوج بزيادة مهرها على نسائها ٠

(٤) بفتح الباء ، وسكون الراء ، وفتح الواو ٠

(٥) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٢ ، ص ١٥٠ ، الطبعة الرابعة ٠

ابن مسلمة الأنصارى ، فقال مثل ما قال المغيرة بن شعبة ، فأنفذه لها أبو بكر ﷺ [1].

فهذه الأحاديث تدل على أن سلطة القضاء كانت لرسول الله ﷺ يقوم به بنفسه ، وإن كانت القضايا التى رفعت إلى رسول الله ﷺ بالمعنى المتعارف فى الخصومات قليلة ، وإنما كان يسأل عن الحكم فيجيب [2].

ودلت الأحاديث أيضا على أنه كما كان عليه الصلاة والسلام يقوم بالقضاء بنفسه ، كان يكله فى بعض النواحى إلى بعض المسلمين ، ممن يثق فى قدرتهم على القيام بهذا المنصب [3].

كان منصب القضاء فى عهد الرسول ، يضاف إلى منصب الولاية العامة :

كان منصب القضاء فى عهد رسول الله ﷺ يضاف إلى منصب الولاية العامة ، التى تُوكل إلى شخص من الأشخاص ، لأن الأعمال التى يمكن أن يقوم بها الوالى حينئذ كانت قليلة ، والقضايا التى تعرض عليه كانت كذلك ، فلا يحتاج عمل القاضى حينئذ إلى تفرغ ممن يقوم به ، ولم يثبت أن رسول الله ﷺ ولى أحدا القضاء خاصة ، وإنما الثابت أن التولية كانت له ليكون رسولا لرسول الله ﷺ ، ونائبا عنه ؛ ليقوم بتعليم الناس أمور دينهم ، وإفتائهم فيما يعن لهم من أمور ، والقضاء بينهم فيما يجد من حوادث ووقائع ، وجمع الصدقات من الأغنياء ، فكانت ولاية من يوليه الرسول ﷺ ولاية عامة لا فصل بين ولاية القضاء وغيرها من الولايات [4].

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٦ ، ص ٦٧ .

(٢) تاريخ القضاء فى الإسلام لمحمود بن محمد بن عرنوس ، ص ١١ .

(٣) السلطات الثلاث فى الإسلام ، بحث للشيخ عبد الوهاب خلاف ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد بعدد يونيو سنة ١٩٣٥ ، ص ٥٠٢ ، وما بعدها .

(٤) السلطات الثلاث فى الإسلام ، للشيخ عبد الوهاب خلاف ، ص ٢١ ، دار القلم .

مرجع من يقوم بالقضاء :

وكان مرجع من يقوم بالقضاء من أصحاب رسول الله ﷺ في حياته كتاب الله وسنة رسوله ، فإن لم يجدوا فيها نصاً اجتهدوا مستعينين بالقواعد العامة التي أرستها شريعة الإسلام ، فإذا اطمأنت قلوبهم إلى ما قضوا به نفذوه ، وإلا رجعوا إلى رسول الله ﷺ .

القضاء في عصر الخلفاء الراشدين :

سبق أن بينا أن رسول الله ﷺ كان يتولى القضاء بنفسه ، ولما فتح الله على المسلمين بعض الأمصار أرسل عليها بعض الولاة ، وكان الوالي حاكماً ، وفي نفس الوقت قاضيا ومعلما ، ومرشدا ، فكان الولاة يقضون بين الناس في حياة رسول الله ﷺ ، وظل الحال كذلك في أيام خلافة أبي بكر رضي الله عنه ، فكان أبو بكر يقضي بين الناس في المدينة ــ وهي عاصمة الدولة في عهده أيضا ــ ، وولاة الأمصار يتولون القضاء بالأقاليم التي ولوا عليها .

ولكن لما كان عهد أبي بكر رضي الله عنه عهد فتن واضطراب (١) ، فلم تتح له الأحداث أن يفعل فعل عمر فيما يتصل بالقضاء بعد ما تولى رياسة الدولة .

ففي عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصبح القضاء يخصص له من يقوم به فقط دون أن يسند إليه أية أعمال أخرى ، بعد أن كان في زمن رسول الله ﷺ ، وزمن خلافة أبي بكر رضي الله عنه جزءا من الولاية العامة .

---

(١) عقب وفاة رسول الله ﷺ ارتدت بعض القبائل التي لم تتأثر بمبادئ الإسلام وأحكامه ، وظهر كثير من مدعي النبوة الذين كانوا قد ظهروا في حياة الرسول ﷺ في الجهات البعيدة ، مثل مسيلمة الكذاب وغيره ، وقاتلهم أبو بكر رضي الله عنه ، حتى انتصر عليهم بعد أن ظلت الحروب بين المسلمين والمرتدين حوالي عام كامل ، وكذلك امتنع بعض القبائل المسلمة عن إخراج الزكاة ، فحاربهم أبو بكر وانتصر أيضا عليهم .

وذلك لأنه لما اتسعت الدولة الإسلامية فى عهد عمر ، واتسع نطاق العمران ، واختلط غير المسلمين بالمسلمين وكثرت المهام التى تتطلب من الولاة أن يتفرغوا للنظر فيها ، وظهر كثير من القضايا التى تحتاج من القضاة أيضا إلى تفرغهم لهذا العمل ، لأنه كلما اتسع المجتمع البشرى وتعدد كثرت فيه القضايا ، وكلما قل قلت فيه القضايا ، لما كان كل ذلك ، فصل عمر القضاء عن عمل الوالى فى بعض الولايات الكبيرة ، كالكوفة ، والبصرة ، ومصر ، لأنه أصبح من المتعسر على الخليفة أو نائبه أن يجمع بين النظر فى الأمور العامة والفصل فى القضايا التى ظهرت فى هذه المجتمعات الكبيرة .

فولى كلا من عبد الله بن مسعود ، وشريح بن الحارث الكندى قضاء الكوفة دون الولاية عليها ، واستعمل على قضاء البصرة كذلك أبا مريم الحنفى ، ثم لما رأى منه ضعفا عزله ، وولى مكانه كعب بن سور الأزدى واستعمل على قضاء مصر قيس بن أبى العاص [1].

بهذا يكون عمر بن الخطاب أول من فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية .

عمر أول من أنشأ بيت مال المسلمين :

وكذلك من الثابت تاريخيا أن عمر ﷺ كان أول من أنشأ بيت مال للمسلمين ، فهو أول من دون الدواوين فى الإسلام ، وهو كذلك أول من رتب أرزاق القضاة ، فجعل للقاضى سليمان بن ربيعة الباهلى خمسمائة درهم فى كل شهر ، ورتب لشريح مائة فى كل شهر أيضا [2].

وكما كان القضاء فى أيام رسول الله ﷺ موقوفا عليه لا يولى أحداً فيما يحضره من قضايا ، فلا يتقدم أحد بين يديه ، وإنما يرسل القضاة فى

---

(١) تاريخ القضاء فى الإسلام ، للدكتور / أحمد عبد المنعم البهى ، ص ١٠٥ ، وما بعدها .
(٢) تاريخ القضاء فى الإسلام ، لابن عرنوس ص ٢٩ .

النواحى ، فقد كان الحال كذلك فى أيام الخلفاء الراشـدين ــ رضى الله عنهم ــ ، فظلوا على سيرة الرسول ﷺ فى توليهم جميع ما حضرهم من الأحكام الشرعية ، من صلاة ، وبعث وترتيب الجيوش ، وغير ذلك [1].

الدائرة القضائية للقضاة أيام الخلفاء الراشدين :

يظهر ــ كما يرى بعض الباحثين ــ أن الدائرة القضائية كانت ضيقة للقضاة فى أيام الخلفاء الراشدين ، فلم يكن من اختصاصهم الحكم إلا فى الخصومات المدنية ، وأما القصاص والحدود ــ وهى العقوبات التى حددها الشرع ، كعقوبة الزنا والسرقة وشرب الخمر ــ فلم تكن من اختصاصهم ، بل كانت من اختصاص الخلفاء وولاة الأمصار ، وهذا يدل على أهمية قضايا القصاص والحدود ، وأنه ليس لكل إنسان أن يحكم فيها ، بل لابد من الاحتياط الشديد فيمن يتولى الفصل فى هذه القضايا ، يؤيد هذا أن المصادر تنقل لنا قضايا حكم فيها الخلفاء والأمراء بالقتل قصاصا ، أو حكموا فيها بجلد السكران ، ولم تنقل المصادر أن قاضيا ليس أميرا على إقليم قضى بعقوبة من هذه العقوبات أو قام بتنفيذها •

وكذلك كانت العقوبات التأديبية مثل الحبس لا يأمر بها القاضى ، بل يأمر بها الخليفة أو عامله ، وهذا أيضا يبين مقدار الاحترام للإنسان وجسمه وحريته عند الخلفاء الراشدين •

وانتهى عصر الخلفاء الراشدين على هذا ، فلما كان عصر معاوية بن أبى سفيان ، كتب إلى قاضى مصر سليم بن عتر يأمره بالنظر فى الجراح وأن يرفع ذلك إلى صاحب الديوان ، فيكون سليم بن عتر هذا أول من نظر فى قضايا الجنايات ، وحكم فيها [2].

---

(١) حلى المعاصم ، لمحمد التاودى ، جـ ١ ص ١٤ ، دار المعرفة ببيروت •

(٢) تاريخ القضاء فى الإسلام ، لمحمود بن محمد بن عرنوس ، ص ٢٥ ، ٢٦ •

طريقة اختيار القضاة :

نظرا لعظم هذا المنصب ، وخطره وسموه ، كان التشديد فى اختيار من يتولى القيام به ، ولذلك كان عمر بن الخطاب ــ وهو الذى فصل القضاء عن الولاية ــ يتشدد فى اختيار القاضى ، ومما أثر عنه قوله : " ما من أمير أمر أميرا ، أو استقضى قاضيا محاباة ، إلا كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم ، وإن أمره أو استقضاه لمصلحة المسلمين كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ، ولم يكن عليه شئ مما عمل من معصيته " (١).

مرجع القاضى فى أحكامه :

الكتاب الكريم هو المرجع الأول الذى يجب الرجوع إليه عند التعرف على أى حكم من الأحكام ، والسنة هى المرجع الثانى بعد كتاب الله الكريم وعلى هذا كان يسير الخلفاء الراشدون والقضاة فى عهدهم كما كان الولاة يسيرون فى حياة رسول الله ﷺ ، فإذا لم يكن فى الكتاب الكريم ، وسنة رسول الله ﷺ الحكم الذى يراد للقضية ، فهذا مجال القياس وغيره من الأدلة الأخرى ، وأخذ رأى الآخرين بما يتفق والقواعد الشرعية العامة .

والحديث المروى عن معاذ بن جبل يبين هذا المنهج ، فيذكر العلماء أن رسول الله ﷺ عندما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضيا قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، قال فإن لم تجد فى كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد فى سنة رسول الله ولا فى كتاب الله ؟ قال : أجتهد ولا آلو " أى لا أقصر فى الاجتهاد والبحث " ، فضرب رسول الله صدره بيده وقال : " الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله " .

---

(١) تاريخ القضاء فى الإسلام ، لابن عرنوس ، ص ١٩ .

وكان من يتولى القضاء تتوافر فيه صفة الاجتهاد ، وهذه تؤهله لاستنباط الحكم من الكتاب الكريم ، أو السنة الشريفة ، أو إعمال القواعد العامة التى أتت بها الشريعة الإسلامية ، وذلك لأنه لم تكن هناك قواعد قانونية على صورة المواد القانونية الموجودة الآن •

أخرج البغوى عن ميمون بن مهران [1] قال :

" كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه الخصوم نظر فى كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به ، وإن لم يكن فى الكتاب وعلم عن رسول الله ﷺ فى ذلك الأمر سنة قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتانى كذا وكذا ، فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى فى ذلك بقضاء ، فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله ﷺ ، فيقول أبو بكر : الحمد لله الذى جعل فينا من يحفظ عن نبينا ، وإن أعياه أن يجد فى سنة رسول الله ، جمع رءوس الناس وخيارهم ، فاستشارهم ، فإن أجمع رأيهم على أمر قضى به •

وكان عمر يفعل ذلك ، فإن أعياه أن يجد فى القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبى بكر قضاء ، فإن وجد أبا بكر قضى فيه قضاء قضى به ، وإلا دعا رءوس المسلمين فإذا اجتمعوا على أمر قضى به " •

وكان القضاء ملازما للإفتاء ، كما يظهر من قضاء أبى بكر وعمر •

اختيار القضاة ، ووظيفة قاضى القضاة :

كان رسول الله ﷺ يختار القاضى ، وكذلك الخلفاء الراشدون بعده كانوا يعينون القضاة ، وفى عهد الدولة الأموية فوض معظم الخلفاء أمراء الولايات فى أمر اختيار القضاة ، ثم لما قامت الدولة العباسية استرد أبو جعفر المنصور حق تعيين الخلفاء للقضاة ، فولى عبد الله بن لهيعة

---

(1) تاريخ القضاء فى الإسلام ، لابن عرنوس ، ص ١٩ ، وإعلام الموقعين لابن القيم ، الجزء الأول ، ص ٦٢ •

الحضرمى على مصر سنة ١٥٥ هـ ، فصار القاضى يُعَيَّن من قِبَل الخليفة ، لا من قبل الوالى [١].

وفى عهد هارون الرشيد استحدثت وظيفة قضائية هى وظيفة " قاضى القضاة " ، كان من اختصاص شاغلها تقليد من يصلح منصب القضاء فى أنحاء البلاد التى تخضع للخلافة ، وله أيضا حق عزله إذا أصبح مستحقا للعزل ، ومن حقه التفتيش القضائي بأن يتفقد أحوال القضاة ، فينظر فى أقضيتهم ، ويراجع أحكامهم ، ويتتبع أخبارهم وسيرتهم بين الناس ، بل كان له الحق فى نقض أحكامهم .

وقد نقل هذا النظام عن الفرس ، فقد كان عندهم وظيفة " قاضى القضاة " وأول ظهور هذه الولاية كان فى بغداد ، وكان لقب " قاضى القضاة " لا يطلق إلا على قاضى بغداد .

وكان أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم أحد تلاميذ أبى حنيفة هو أول من شغل هذا المنصب ، فكان أول من دعى بقاضى القضاة فى الدولة الإسلامية ، وهو أيضا أول من غير لباس العلماء إلى هيئة خاصة ، وكانت ملابس الناس كلها شيئا واحدا ، لا تميز فيه لأحد على أحد ، وكان لا يقلد أحد القضاء ببلاد العراق ، وخراسان والشام ، ومصر إلا إذا أشار به القاضى أبو يوسف ، وقد عمل من خلال ولايته هذه على نشر مذهب إمامه ، فقد كان يولى القضاء أتباع مذهب أستاذه أبى حنيفة [٢].

اختصاصات القاضى :

بين الماوردى الأمور التى من حق القاضى ذى الولاية العامة أن يباشرها وهى عشرة أمور :

---

(١) القضاء فى الإسلام بوجه عام ، وفى العهد الإسلامى فى مصر بوجه خاص ، إلى سنة ٣٥٨ هـ ، لعطية مصطفى مشرفة ، الطبعة الأولى .

(٢) تاريخ القضاء فى الإسلام ، لابن عرنوس ، ص ٩٥ – ٩٧ ، والقضاء فى الإسلام ، للأستاذ محمد سلام مدكور ، ص ٤٦ .

أولا : الفصل فى المنازعات وقطع التشاجر والخصومات ، إما صلحا عن تراض بين الطرفين وهذا جائز ، وإما إجبارا بحكم بات من القاضى ، وتنفيذه حينئذ واجب .

ثانيا : استيفاء الحقوق ممن مطل بها ، وإيصالها إلى من يستحقها ، بعد ثبوت الاستحقاق بالإقرار أو البينة أو غيرهما من وسائل الإثبات .

ثالثا : ثبوت الولاية على من كان ممنوعا من التصرف لعدم أهليته بجنون أو صغر ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه [1] ، أو فلس ، حتى يحفظ الأموال على مستحقيها ، ويصحح أحكام العقود فيها .

رابعا : النظر فى الأوقاف ، بحفظ أصولها ، وتنمية فروعها ، وقبض غلتها وصرفها فى سبلها .

خامسا : تنفيذ الوصايا طبقا لما اشترطه الموصى فيما أباحه الشرع ولم يحظره ، فإن كانت لمعينين كان تنفيذها بالإقباض ، وإن كانت فى موصوفين كان تنفيذها أن يتعين مستحقوها بالاجتهاد ، ويملكوا بالإقباض .

سادسا : تزويج المرأة التى لا ولى لها بالرجل الكفء ، ولا يرى أبو حنيفة هذا الأمر من حقوق ولاية القاضى فى شأن كل امرأة لا ولى لها ، بل فى شأن الصغيرة فقط التى لا ولى لها ، لأنه يجوز عنده أن تنفرد المرأة البالغة بعقد الزواج ، أى تتولاه بنفسها لنفسها ولغيرها .

سابعا : إقامة الحدود على مستحقيها ، فإن كانت من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائها من غير أن يطالب بها أحد ، إذا ثبتت هذه الحدود بالإقرار أو البينة ، وإن كانت من حقوق الآدميين كان استيفاؤها

---

(١) السفيه هو المبذر لماله .

موقوفا على طلب من مستحقها ، ويرى أبو حنيفة أن كلا النوعين : حقوق الله وحقوق الآدميين لا تستوفى إلا بخصم مُطالِب .

ثامنا : النظر فى مصالح عمله ، من الكف عن التعدى فى الطرقات ، والأفنية ، وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة ـ البلكونات ـ والأبنية ، وله أن ينفرد بالنظر فيها وإن لم يحضره خصم ، ويرى أبو حنيفة : أنه لا يجوز للقاضى أن ينظر فيها إلا بحضور خصم مستعد .

قال الماوردى : " وهى من حقوق الله تعالى التى يستوى فيها المستعدى وغير المستعدى ، فكان تفرد الولاية بها أخص " .

تاسعا : تصفح شهوده وأمنائه ، واختيار النائبين عنه من خلفائه .

عاشرا : التسوية فى الحكم بين القوى والضعيف ، والعدل فى القضاء بين المشروف والشريف [1].

وواضح أن الأخير من واجبات القاضى التى لا يجوز له تركها فلا يظهر عدُّ الماوردى هذا الأمر من حقوق ولاية القاضى .

هذا ، واختصاصات القاضى يمكن أن تحدد فى مجال قضايا معينة كالجنايات ، وكذلك يمكن أن يخصص له مكان معين لا يتعداه إلى غيره ، لأن هذه أمور تخضع للمصلحة ، وما يكون مناسبا لعصر قد لا يكون مناسبا لعصر آخر ، فكل عصر ينظم القضاء بما يتلاءم مع ظروفه والمستجدات التى قد تتطلب نوعا من النظام لم يكن مطبقا فى عصور سابقة ، ويوضح ابن تيمية أن صلاحيات القاضى لا تتعين من جهة الشرع وإنما بموجب ألفاظ التولية والأحوال والعرف [2].

التحكيم :

فى بعض الأحيان لا يلجأ الخصمان إلى القاضى للفصل بينهما وإنما يلجآن إلى شخص لا يتولى منصب القضاء فيحكمانه بينهما ، إما لبعدهما

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٧٨ .

(٢) الاختيارات الفقهية ، ص ٣٣٢ .

عن مكان القاضى أو اختصارا لإجراءات التقاضى ، أو لأى غرض آخر وهذا هو الحكم أو المحكَّم ، ويمارس هذا اللون من فض المنازعات كثيرا فى القرى والمناطق البدوية وهو ما يعرف بالمجالس العرفية ، ومثلها لجان فض المنازعات ، وعلى الرغم من وجود المحاكم ومستويات التقاضى المختلفة فإن الناس كثيرا لا يلجأون إلى القضاء ، وإنما يفضلون المجالس العرفية التى تحسم الخلاف بين الناس بطريقة أسرع ، أو الضيق من بطئها ، أو من نفقاتها ، وتعذر الوصول إلى القاضى فى كل مسألة تثير خلافا بين طرفين ، وقد كان التحكيم ــ كما بينا ــ معروفا فى الجاهلية قبل مجئ الإسلام ، ورتبة الحكم أو المحكم أقل من رتبة القاضى لعدة أمور :

أحدها : أن حكم المحكم يقتصر على من يرضى بحكمه عند فريق من العلماء ، فليس للمحكم صفة الإلزام لطرفى النزاع على العكس من حكم القاضى .

الثانى : أن القاضى يقضى فى أمور ليس من حق المحكم أن يحكم فيها ، كالقصاص والحدود عند فريق من العلماء أيضا ، فحكم المحكم ليس مطلقا فى كل قضية كالقاضى عند بعض العلماء .

الثالث : عموم ولاية القاضى ، فيتعدى الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين ، كما فى القتل الخطأ فإن الدية الواجبة فيه تتحملها العاقلة وما ماثل هذا ، بخلاف المحكم .

هل التحكيم مشروع ؟

يرى الحنفية والمالكية والحنابلة جواز التحكيم [1] . وأما الشافعية فقد اختلفت الآراء فى فقههم ، وأقوى الآراء عندهم جواز التحكيم ، وهذا كما

(1) شرح فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٣١٦ ، وحاشية الدسوقى ، جـ ٤ ، ص ١٣٥ ، والمغنى ، جـ ٩ ، ص ١٠٧ .

يفهم من كتبهم ــ قول قوى للشافعى ــ رضى الله تعالى عنه ــ ، وقد نقلوا قولا آخر للشافعى بعدم جواز التحكيم ، وعللوا لهذا : بأن التحكيم فيه افتئات [١] على رئيس الدولة ونوابه ، فلا يجوز لهذا المعنى ٠

وقد أجيب على هذا : بأن المحكم ليس له سلطة الحبس ، ولا استيفاء عقوبة لإنسان ثبت عنده ما يستوجبها ، لئلا يخرق أبهة رئيس الدولة ولا نوابه ، وعلى هذا فلا يتحقق هذا الافتيات عليهم ٠

ويوجد رأى ثالث لبعض فقهاء الشافعية ، يقول بجواز التحكيم بشرط عدم وجود قاض بالبلد ، لأنه فى هذه الحال توجد الضرورة المجيزة لذلك أما إذا كان بالبلد قاض فلا يجوز التحكيم ؛ لعدم وجود الضرورة [٢]٠

دليل القائلين بمشروعية التحكيم :

استدل القائلون بمشروعية التحكيم بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول ٠

أما الكتاب الكريم فقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها** ﴾ [٣]٠ وأما السنة الشريفة ، فما روى أن أبا شريح قال : يا رسول الله ، إن قومى إذا اختلفوا فى شئ فأتونى ، فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان ، فقال ﷺ " ما أحسن هذا " رواه النسائى ، والبيهقى [٤] ٠ ولو لم يكن التحكيم مشروعا لما استحسنه رسول الله ﷺ ، فرسول الله لا يستحسن شيئا لا يجوز ٠ بل الحديث يدل على استحباب

---

(١) الافتئات على الحاكم : هو تجاوز الحدود ، والتعدى ، واغتصاب السلطة ٠

(٢) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٢ ٠

(٣) سورة النساء من الآية ٣٥ ، وهى بتمامها : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق بينهما إن الله كان عليما خبيرا ﴾ ٠

(٤) السنن الكبرى للبيهقى ، جـ ١٠ ، ص ١٤٥ ، والنسائى ، جـ ٨ ، ص ١٩٩ ٠

التحكيم ، لأن رسول الله ﷺ استحسنه ،والاستحسان يدل على أنه مستحب ٠

وقد عمل ﷺ بحكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة ، لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ ، وقد حكم سعد بقتل مقاتليهم وسبى ذراريهم ، وكان حكم سعد بن معاذ حكما لمحكم وليس لقاض ، لأن اليهود رضوا به حكما ٠

وأما الإجماع ، فقد ثبت أن التحكيم وقع لجمع من الصحابة ، ولم ينكر ذلك أحد مع اشتهاره ، فكان إجماعا ، والإجماع هو أحد الأدلة الشرعية بعد الكتاب الكريم وسنة رسول الله ﷺ ؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قال : " لا تجتمع أمتى على ضلالة " ٠

وعلى هذا فيمكن القول : بأن من قال بعدم جواز التحكيم لم ينتبه إلى حدوث الإجماع فى عصر صحابة رسول الله ﷺ ٠

وأما المعقول : فلأنه ما دام الشخصان اللذان يرضيان بالتحكيم لهما ولاية على نفسيهما فيكون التحكيم صحيحا ٠

هل شروط القاضى هى شروط المحكم ؟

يرى بعض الفقهاء : أنه لابد أن تكون الشروط المطلوبة فى القاضى متوافرة فى المحكم لأن المحكم عندهم منزل منزلة القاضى ، فلابد أن تكون أهلية القاضى متحققة فيه وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا ، وبعض الفقهاء يخفف فى شروط المحكم فلا يشترط فيه شروط القاضى ، ولذلك ترى الحنفية مع أنهم يشترطون البلوغ فى القاضى ــ كغيرهم من الفقهاء ــ ، فإننا نجد بعضهم يرى عدم اشتراط البلوغ فى المحكم ٠

فيرى بعض الحنفية جواز تحكيم الصبى المأذون ، ومع أن الحنفية يرون أنه لا يجوز تحكيم الكافر إذا حكمه المسلمون بينهم ، فإنهم يرون

جواز تحكيمه بين الذميين أى المواطنين فى الدولة الإسلامية غير المسلمين لأنه عندهم من أهل الشهادة عليهم ، ويرون كذلك جواز تقليد القضاء ليحكم بين أهل الذمة ، كما سنبين ذلك إن شاء الله تعالى عند الكلام عن شرط الإسلام فى القاضى .

وسنتكلم فى الفصل الأول إن شاء الله تعالى عن شروط الصلاحية للقضاء ، وإذا كان من شروط القاضى عند الجمهور ـ كما سنعلم فيما بعد ـ أن يكون رجلا ، فإنه لابد أن يكون المحكم رجلا عند من يرى أنه منزل منزلة القاضى ، وأما الحنفية فلأنهم يرون صحة قضاء المرأة إذا وليت القضاء ـ مع إثم موليها ـ فى الأمور التى تصح فيها شهادتها ، يرون أيضا صحة حكم الحكم إذا كان امرأة ، وحكمت فى الأمور التى تصح أن تشهد فيها ، وهى ما عدا قضايا الحدود والدماء [1].

ونجد بعض المالكية يرى عدم صحة تحكيم المرأة ، وبعضهم يرى صحة تحكيمها .

ومن شروط القاضى الإسلام ، والحرية أى لا يكون عبدا ، فكذلك يكون من شروط المحكم عند من ينزل المحكم منزلة القاضى ، وعلى هذا فلا يجوز تحكيم الكافر ، والعبد ، وأجاز الحنفية كما أشرنا أن يكون الحكم ذميا إذا حكمه ذميان ، لأنه ـ عند الحنفية ـ من أهل الشهادة فيما بين الذميين ، فالحنفية يرون قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، فيكون من أهل الحكم عليهم [2].

وأصل الخلاف بين العلماء فى صفات المحكم أن من جعل المحكم من باب الوكالة ، لم يشترط فيه صفات تزيد عن صفات الوكيل ، فالشرط

---

(١) شرح فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، وشرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتى ، وحاشية سعدى جلبى ، جـ ٧ ، ص ٣١٥ وما بعدها .

(٢) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٣١٦ .

الوحيد أن لا يكون ذاهب العقل ، وأما من جعل ذلك من باب الولاية في حكم خاص ، فقد اشترط أن يتحقق فيه شرط القاضي عنده [1].

ولا نحب أن نترك هذه الجزئية قبل أن نقول : إن الله تبارك وتعالى قال في مجال الإصلاح بين الزوجين : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ﴾ ، ومن المعلوم أن من المباح أن تكون زوجة المسلم ذمية ، أى يهودية أو نصرانية ، ويكون أهلها كذلك يهوداً أو نصارى ، فهل : الإطلاق فى الآية شامل للحكم الذمى الذى هو من أهل الزوجة الذمية ، وهو اليهودى أو النصرانى ، أم أن الآية لا تشمله ؟ سؤال يحتاج إلى بحث ، ويترتب على ما إذا كانت الآية شاملة للحكم الذمى أن يقال بصحة تحكيم غير المسلمين فى التحكيم الدولى .

رجوع أحد الخصمين عن التحكيم :

بين العلماء أن من حق كل من المتخاصمين أن يرجع عن تحكيمه قبل شروع المحكم فى الحكم [2] ؛ لأن الحكم لا يثبت إلا برضاه ، فكان هذا كما لو وكل إنسان إنسانا آخر فى التصرف فى بعض الأمور ، ولكن الموكل رجع عن التوكيل قبل أن يتصرف الوكيل بمقتضى الوكالة ، فإن له ذلك فلابد من استمرار الرضا حتى يحكم .

وأما إذا كان رجوع أحد الخصمين بعد شروع المحكم فى الحكم ، ففيه رأيان :

أحدهما : له ذلك ، لأن الحكم لم يتم ، فأشبه ما إذا رجع عن التحكيم قبل الشروع فى الحكم .

---

(1) المنتقى ، شرح موطأ مالك ، لسليمان بن خلف بن سعد الباجى ، جـ ٥ ص ٢٢٨ ، الطبعة الأولى . مطبعة السعادة ، ١٣٢٢ هـ .

(2) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٣ ، وكشاف القناع للبهوتى ، جـ ٦ ، ص ٣٠٣ .

والثانى : ليس له ذلك ، لأن هذا يؤدى إلى أنه إذا رأى أى من المتخاصمين أن المحكم سيحكم لغير صالحه رجع عن التحكيم ، فيبطل المقصود بالتحكيم .

إذا حكم المحكم :

إذا حكم الحكم فى المسألة التى ينظرها ، هل يكون المتخاصمان ملزمين بهذا الحكم ، أم أن لكل منهما أن يرفضه أو يقبله ؟

اختلف الفقهاء على رأيين فى هذه المسألة :

الرأى الأول : أنه ينفذ حكمه عليهما ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو قول راجح للشافعى ويراه أيضا فقهاء الحنابلة ، وفقهاء الشيعة الإمامية ، وفقهاء الإباضية [1].

الرأى الثانى : أنه لا يلزمهما ما حكم به إلا بتراضيهما ، وهذا قول للشافعى مقابل لقوله السابق .

مستند كل رأى :

أما الرأى الأول فقد استدل له بما يأتى :

أولا : ما روى عن رسول الله ﷺ قال : " من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون " .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث : أنه لولا أن حكم الحاكم يلزمهما لما لحقه هذا الذم .

ثانيا : القياس على الذى تولى الحكم من جهة رئيس الدولة ، فكما أن المولى من جهة رئيس الدولة ـ وهو القاضى ـ إذا حكم فى قضية ينفذ حكمه من غير وقف على رضا أى من الخصمين ، فالمحكم أيضا يجب أن

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، لمحمد بن يوسف أطفيش ، جـ ١٣ ، ص ١١ .

ينفذ حكمه ولا يشترط رضا أى من الطرفين بهذا الحكم قياسا على القاضى [1].

وأما الرأى الثانى : فقد علل له بأن رضاهما معتبر فى الحكم ، فكذا في لزومه [2].

ما يجوز التحكيم فيه وما لا يجوز :

تنقسم المنازعات من حيث جواز التحكيم وعدم جوازه إلى قسمين :

١ ــ قسم اتفق العلماء على جواز التحكيم فيه ، ويشمل الحقوق المالية وعقود المعاوضات ، وما يصح فيه العفو والإبراء [3].

٢ ــ قسم اختلف العلماء فيه ، هل يجوز التحكيم فيه أم لا ، وهو ما عدا ما ذكرنا كالزواج ، واللعان ، والقذف ، وبقية الحدود والقصاص ، وإليك تفصيل الكلام فى هذا :

اتفقت الروايات فى الفقه الحنفى على أنه لا يجوز التحكيم فى الحدود الواجبة حقا لله تبارك وتعالى كحد السرقة ، وحد الزنا ، وحد شرب الخمر ، وذلك لأن رئيس الدولة أو من ينيبه هو المتعين لاستيفائها . وهذا الرأى ــ كما قلنا ــ باتفاق الروايات فى الفقه الحنفى ، وهو أيضا ما يراه فقهاء المالكية [4] ، وفقهاء الشافعية ، وقد صرح الشافعية بأن التعزير أيضا ــ وهو العقوبة غير المقدرة ــ إذا كان حقا لله تبارك وتعالى لا يجوز التحكيم فيه [5].

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٣ .

(٢) المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٠٨ ، ونهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٣ ، وشرائع الإسلام للحلى جـ ٥ ، ص ٦٨ .

(٣) ما يصح فيه الإبراء ، كدين القرض ، والثمن ، والأجرة ، والمهر ، وبدل الخلع ، وضمان المتلفات .

(٤) حاشية الدسوقى ، جـ ٤ ، ص ١٣٦ .

(٥) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٢ .

وتكون عقوبة التعزير واجبة حقا لله تعالى فى الجرائم التى تتعلق بالاعتداء على الدين ، أو حياة الناس العامة ، كما فى سب الأديان غير الإسلام ، أو إلقاء القاذروات فى الطريق العام ، أو إغراء الناس بالفساد كراقصة فى الشارع العام ، أو محلات لبيع أو تأجير أشرطة " الفيديو " التى تشيع الانحلال الأخلاقى ، فهذه من حقوق الله تبارك وتعالى التى يجب تعزير فاعليها [١].

ويرى الرملى من فقهاء الشافعية أن حق الله المالى الذى لا طالب له معين ، كالكفارات والزكاة لا يجوز فيه أيضا ، لأنه يشترك مع حد الله تعالى والتعزير إذا كان حقا له سبحانه وتعالى بأن لا طالب معين لهما ، وصرح بعض فقهاء الحنابلة بأنه يجوز التحكيم فى الحدود وغيرها [٢].

التحكيم فى حد القذف والقصاص :

اختلفت آراء فقهاء المذهب الحنفى فى حد القذف (أى عقوبة اتهام الغير بجريمة الزنا بلا بينة) والقصاص ، فيرى بعضهم جواز التحكيم فيهما ، ويرى البعض الآخر عدم جواز التحكيم ٠

وقد علل للرأى القائل بجواز التحكيم فى القصاص بأن الاستيفاء إليهما ، وليس الحاكم هو المتعين للاستيفاء كما فى الحدود الخالصة لله عز وجل ، والقصاص من حقوق الإنسان فيجوز فيه التحكيم قياسا على التحكيم فى الأموال ٠

وأما الرأى الثانى القائل بأن التحكيم لا يجوز فى الحدود والقصاص ، فقد علل له بأن حكم المحكم فقط فى حق اللذين حكماه ، وليس حجة فى

---

(١) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب لأستاذنا الدكتور / عبد السميع أحمد إمام رحمه الله تعالى ، ص ٢٨٤ ٠

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع ، للبهوتى ، جـ ٦ ، ص ٣٠٣ ٠

حق غير المحكمين ، فيكون فى هذا شبهة ، والقصاص والحدود تدرأ بالشبهات .

وأيضا فلأنه لا ولاية على دمهما ، ولهذا لا يملكان الإباحة ، فلو قال شخص لشخص : اقتلني ، فإنه لا يصح هذا الأمر الصادر منه ، فلا يحل للآخر أن يقتله بناء على هذا الأمر (١).

عند المالكية :

يرى المالكية أن التحكيم لا يجوز إلا فى قضايا الأموال والجراح ، سواء أكانت عمدا أم خطأ ، ولو كانت الجراح عظما كقطع اليد أو الرجل ويرون أن كل الحدود لا يجوز التحكيم فيها ، وبناء على هذا فإن حد القذف لا يجوز التحكيم فيه ، وقد عللوا لعدم جواز التحكيم فى الحدود مطلقا بأنه قد تعلق بها حق لغير الخصمين ؛ فالحدود حق لله تعالى شرعت للزجر عن اقتراف الجرائم تستوجبها (٢).

وكذلك يرى المالكية أن التحكيم لا يجوز في القصاص ، وعللوا لهذا بنفس التعليل الذى عنوا به في جانب الحدود ، وهو أن الحق فى القصاص لله تعالى ؛ لأن القصاص إنما شرع للزجر عن الاعتداء على حياة الإنسان .

وقد عد بعض فقهاء المالكية سبعة أمور لا يجوز التحكيم فيها ، معللين ذلك بأن هذه الأمور لها قدر عظيم ، فوجب أن يحتاط فى شأنها ، فلا يحكم فيها إلا من ولته الدولة ولاية عامة ، والذى توليه الدولة ولاية عامة لا يكون ذلك إلا بعد التعرف على صفاته وقدراته التى تقتضى ذلك ،

---

(١) فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، وشرح العناية على الهداية للبابرتى ، جـ ٧ ، ص ٣١٨ .

(٢) الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ١٣٦ .

ويكون فى الأغلب مأمونا أمره ، أو يكون الحاكم قدمه لمعنى يختص بـــه فى ضرورة داعية إليه .

وأيضا فلأن هذه الأمور تعلق بها حق لغير الخصمين إما لله تعالى أو للإنسان ، فوجب أن يحكم فيها القضاة لا المحكمون ، وهذه الأمور السبعة هى :

١ ــ الحدود : كالجلد ، والرجم ، وقطع يد السارق ، وغيرها .

٢ ــ اللعان [١].

٣ ــ القتل ، سواء أكان عقوبة للارتداد عن الإسلام ، أو لجريمـــة قطـــع الطريق ، أو قصاصا فى النفس .

٤ ــ الولاء [٢].

٥ ــ النسب .

٦ ــ الطلاق .

٧ ــ العتق .

وقالوا : إن الأمور التى تعلق بها حق الله تعـــالى هـــى : الحـــدود ، والقتل ، والعتق ، والطلاق . فالحدود : حق لله تعالى ؛ لأنها وجبت زجرا

---

(١) إذا اتهم الزوج زوجته بجريمة الزنا فقد أوجب عليه الشرع عقوبة القذف ، وهى ثمـــانون جلدة إلا إذا أقام أربعة شهود على ما يدعيه ، او يلاعن إن لم يستطع أن يقيم الشـــهود الأربعة ، واللعان أن يقول عند الحاكم على المنبر فى جماعة من المسلمين : أشهد بـالله إننى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة من الزنا أربع مـــرات ، ويقـــول فـــى الخامسة بعد أن يعظه الحاكم : وعلى لعنة الله إن كنت من الكاذبين . كفاية الأخيـــار ، للحصنى ، جـ ٢ ، ص ١٢٠ .

(٢) إذا أعتق السيد عبده باختياره ، او عتق عليه جبرا ، تنشأ صلة تسمى : " الولاء " ، يحق للسيد بمقتضى هذه الصلة أن يرث عتيقه هذا إذا لم يخلف وارثا غير سيده .

عن ارتكاب ما يوجبها والقتل قد يكون عقوبة لـردة ، أو لجريمـة قطـع الطريق ، وكل هذا حق لله تعالى للتعدى على حرماته .

وقالوا : إن الذى يدل على أن الحق فى الطلاق لله تعالى أن المطلقـة طلاقا بائنا لا يجوز إبقاؤها فى عصمة مطلقها ولو رضيت بذلك .

والذى يدل على أن الحق فى العتق لله تعالى أنه لا يجـوز رد العبـد للرق مرة ثانية بعد ما عتق ، ولو رضى هو بذلك .

وأما الأمور التى تعلق بها حق الإنسان فهى : اللعـان ، والـولاء ، والنسب ، فإن الحق فى اللعان للولد ، لأنه يترتب على اللعان قطع نسـبه ، والولد غير الخصمين اللذين هما الزوج والزوجة .

والحق فى الولاء قد يكون لإنسان غير الخصمين إذا كان النزاع بيـن المعتق وشخص آخر فى الشخص المعتوق بأن ادعـى كـل منـهما أنـه أعتقه .

والحق فى النسب قد يكون لإنسان غير الخصمين إذا كان النزاع بيـن الأب ورجل آخر ، فالأب ينفى نسب الابن ويقول إن هذا ليـس ابنـى ، والرجل الآخر يقول إنه ابنك .

ومع أن بعض المالكية ــ كما ذكرنا ــ عد سـبعة أمـور لا يجـوز التحكيم فيها ، هى التى بيناها ، فإن البعض الآخر منهم زاد عـدة أمـور أخرى هى أيضا عنده من اختصاص القاضى لا الحكم ، فلا يجوز عند هذا البعض التحكيم فى فسخ الزواج ، ولا فى إثبات الرشد ، أو ضده وهـو السفه (أى عدم إحسان التصرف فى الأموال) لشخص من الأشـخاص ، ولا يجوز أمر الغائب مما يتعلق بماله وزوجته ، وحياتـه ، موتـه ، ولا يجوز فى الحبس ، ولا فى عقد مما يتعلق بصحته وفساده .

وقرر المالكية أن كل الأمور التى لا يجوز التحكيم فيها ، إذا حدث فيها تحكيم ، وكان حكم المحكم صوابا فإنه يمضى ، وليس لأحد الخصمين ولا للقاضى حق نقضه ، لأن حكم المحكم عندهم يرفع الخلاف كحكم القاضى ، ولكن إذا نفذ الحكم ، فإن الحاكم يؤدب المحكم ، لأنه افتات على رئيس الدولة ـ إذا كان حكمه شرعيا ـ وعلى نوابه ، وأما إذا حكم ولم ينفذ ما حكم به فلا أدب عليه ، كما لو كان قد حكم بقتل ، فعفى عن المحكوم عليه [1] . وبين المالكية أن الأمور التى تختص برئيس الدولة كالإقطاعات إذا حكم فيها المحكم لا ينفذ حكمه .

عند الشافعية :

وأما الشافعية فعلى الرأى القوى عندهم يجوز التحكيم فى القصاص ، ويوجد رأى قوى عندهم يقول بأن التحكيم لا يجوز إلا فيما دون القصاص والزواج ، ونحوهما ، كاللعان ، وحد القذف [2] .

عند الحنابلة :

يرى بعض فقهاء الحنابلة أنه ينفذ حكم المحكم فى جميع الأحكام إلا فى أربعة أشياء : الزواج ، واللعان ، والقذف ، والقصاص ، وقال أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة : ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فى هذه الأربعة [3].

وصرح صاحب كشاف القناع من فقهاء الحنابلة بأن حكمة ينفذ فى كل الأمور من مال ، أو قصاص ، أو حد ، أو زواج ، أو لعان ، أو غيرها[4] وكذلك يرى الشيعة الإمامية أن حكم المحكم ينفذ فى كل الأمور [5].

---

(١) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقى عليه ، جـ ٤ ، ص ١٣٦ ، والشرح الصغير ، للدردير ، جـ ٤ ، ص ١٩٨ ـ ٢٠٠ .

(٢) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٣ .

(٣) المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٠٨ .

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى ، جـ ٦ ، ٣٠٣ مطبعة الحكومة السعودية .

(٥) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ، للمحقق الحلى جعفر بن الحسن ، جـ ٤ ، ص ٦٨ ، تحقيق عبد الحسين محمد على ... منشورات ، دار الأضواء ، بيروت .

ونرى : أنه لا مانع من التوسع في مجال قضايا التحكيم ، لكن الاحتياط يوجب أن يقتصر التحكيم على القضايا التى يكون الخلاف فيها على الحقوق المالية ، وأما القصاص بالحدود وكذا اللعان فمجال البت فيها هو القضاء لا التحكيم ؛ لأن وقائع القصاص والحدود تحتاج إلى تحقيق واسع ودقيق ، واستدعاء شهود لابد أن يحضروا ، وهذا لا يتوافر للمحكم بالقدر الذى يتوافر للقاضى ، فسلطات القاضى وما تضعه الدولة تحت تصرفه من إمكانات فنية وبشرية يساعده على الحكم الصائب فى قضايا القصاص والحدود ، ويضاف إلى هذا أن قضايا القصاص والحدود إذا حدث فيها خطأ فى الحكم الذى أصدره المحكم فإن هذا يؤدى إلى فتنة كبيرة – غالبا – بين الجميع ، بين الطرفين ، وبين أحدهما والمحكم قد يزيد نتائجها على الجريمة التى كانت محل التحكيم ، وأما الخطأ فى الأحكام القضائية فلا يؤدى إلى هذه الفتنة والفوضى الخطيرة ، وهناك الاستئناف والنقض .

التحكيم بحل مشكلة المسلمين فى البلاد غير الإسلامية :

المسلمون الآن موجودون بكثرة فى البلاد التى لا تدين بالإسلام كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ، والبلاد التى لا دين لها على الإطلاق ، كروسيا . وقد تحدث بينهم خلافات تستدعى الحكم فيها بين طرفى النزاع ، واللجوء إلى القاضى فى هذه البلاد هو لجوء إلى قاض لا يتوافر فيه شرط الإسلام ، وهو ما لابد منه فى القاضى الذى يحكم بين المسلمين . كما سنبين ذلك – إن شاء الله تعالى – عند الكلام عن شروط القاضى ، وهذه مشكلة تعترض المقيمين فى هذه البلاد ، والحل – كما نرى – هو اللجوء إلى شخص مسلم ليكون حكما بين طرفى النزاع ، وبشرط أن يكون هذا الشخص تتوفر فيه شروط المحكم ، وبعض المذاهب الفقهية كما سبق بيانه – يتوسع فى الأمور التى يجوز للمحكم أن يحكم فيها ، وصرح بعض فقهاء الحنابلة بأن حكم المحكم ينفذ فى كل القضايا

سواء أكانت داخلة فى مجال الأموال ، أم شئون الأسرة ، أم غير ذلك من القضايا ، لكننا نرى استثناء القصاص والحدود ٠

إلا أنه قد تنشأ مشكلة أخرى فى هذه البلاد ، هى أنه قد يحتاج الحكم الذى حكم به المحكم إلى توثيق حكومى ، وأرى : أنه فى هذه الحالة ـ بعد حكم المحكم ـ يلجأ طرفا النزاع إلى القاضى غير المسلم فى هذه البلاد بوصفه جهة توثيق حكومية ، لا جهة قضاء ، ما دام أن هذا لابد منه فى هذه البلاد ، فإذا حكم القاضى غير المسلم بنفس الحكم الذى حكم به المحكم الذى اختاراه ليحكم بينهما قبل ذلك فلا مشكلة ، وتتخذ إجراءات التوثيق الحكومى بعد هذا الحكم الذى قضى به القاضى غير المسلم ، واتفق مع الحكم الذى حكم به المحكم ، وأما إذا اختلف الحكمان : حكم المحكم وحكم القاضى غير المسلم فلا ينفذ حكم القاضى غير المسلم ، غير أنه إذا كان هذا الحكم الذى قضى به القاضى غير المسلم غير مناف لأحكام الشريعة الإسلامية ، لكنه يحتاج إلى تنازل أحد طرفى النزاع عن بعض حقه الذى حكم له به المحكم قبل ذلك ، فمن الممكن أن يتصالح الطرفان أمام المحكم الذى ارتضياه أولا ، أو أمام محكم آخر ، او بينهما بدون تحكيم ، نقول : من الممكن أن يتصالحا على فض النزاع بينهما على أساس هذا الحكم الذى قضى به القاضى غير المسلم ، لا بوصفه حكما ملزما من القاضى غير المسلم ، وإنما بوصفه صلحا يحل المشكلة حلا يتفق ونظام البلد الذى يقيمان فيه ، وبشرط أن يتحقق الرضا التام من كل من طرفى النزاع ، وإذا تعذر كل ما سبق وكان لابد من اللجوء إلى القاضى غير المسلم فهذه ضرورة تبيح ذلك ٠

ثم أما بعد ، فنحب أن نختم مباحث المقدمة بالكلام عن حكم الإهداء للقاضى وجعل أجر للقاضى ، هل يجوز أم لا ؟

حكم الهدية للقاضى :

بين العلماء أن الهدية تكون حراما إذا كانت ممن له خصومة عند القاضى ، او من غلب على ظنه بأنه سيخاصم ٠

وكذلك تحرم الهدية إذا كانت ممن لم يهد إليه شيئا قبل أن يتولى القضاء أو كان له عادة فى الإهداء إليه لكنه زاد عليها قدرا من أجل تولية هذا المنصب ؛ لأنها ــ كما قال العلماء ــ توجب الميل القلبى إلى المهدى ، وقد ثبت فى الأحاديث الصحيحة " هدايا العمال سحت " . وأما قبول النبى ﷺ للهدايا فكان ذلك لأنه ــ صلى الله عليه وسلم ــ معصوم من الوقوع فى الحكم بالميل إلى أحد الخصوم .

وبين العلماء أنه لو أعطى للقاضى مال ليحكم بغير الحق أو ليمتنع من حكم بحق ، فهذا هو الرشوة المحرمة بإجماع علماء الأمة ، ومثل ذلك ما لو كان القاضى يمتنع من الحكم بالحق إلا إذا أخذ مالا ، لكن ذلك مع كونه حراما إلا أنه كما بين العلماء أقل إثما ، وقد لعن رسول الله ﷺ الراشى والمرتشى فى الحكم . وفى رواية " والرائش " ، وهو الماشى بينهما .

ورخص بعض العلماء فى الرشوة إذا كانت لو لم يدفعها صاحب الحق فسيضيع عليه مال بالباطل فتكون رخصة لصاحب الحق وحراما على المرتشى .

وحكم الرائش أى الواسطة بينهما هو حكم موكله ، وأما إذا كانت الهدية ممن عادته أنه كان يهدى إلى القاضى قبل أن يتولى منصب القضاء ، وقبل أن يترشح لهذا المنصب ، لقرابة أو لصداقة مثلا ، ولا توجد خصومة للمهدى حاضرة أمام القاضى ولا مترقبة ، فتجوز الهدية إن كانت بقدر ما تعود المهدى سواء أكان ذلك من ناحية الكم أو الكيف ، وذلك لأن التهمة ــ أى الشك والريبة ــ منتفية حينئذ ، بخلاف ما إذا كانت بعد الترشيح لهذا المنصب أو مع الزيادة على العادة ، فتكون حراما فى الجميع إن كانت الزيادة فى الوصف كأن كان يهديه قماشا من قطن فأهدى إليه صوفا ، فإن كانت الزيادة فى القدر ولم تتميز حرم الجميع كذلك . وأما إذا تميزت الزيادة ، فإنه يحرم الزيادة فقط [1].

---

(١) نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ، ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

هذا ، وسنعود للموضوع مرة أخرى في الفصل الرابع إن شاء الله تعالى •

جعل أجر القاضي من الخزانة العامة للدولة :

علماؤنا ــ رضى الله عنهم ــ مختلفون في هذه المسألة ، فبعضهم يرى كراهة أخذ الأجر على القضاء ، وبعضهم لا يكره أن يأخذ القاضي الأجر على القضاء • ومن هؤلاء الإمام الغزالي ، قال في إحياء علوم الدين : " كل من يتولى أمرا تتقوى به مصلحة المسلمين ولو اشتغل بالكسب لتعطل عليه ما هو فيه فله في بيت المال حق الكفاية ، قال : ويدخل في ذلك العلوم كلها أعني التي تتعلق بمصالح الدين [1].

وجواز الأجر على القضاء هو رأى جمهور العلماء ، بين ذلك ابن حجر العسقلاني ثم نقل قول أبي على الكرابيسي صاحب الشافعي : " لا بأس للقاضي أن يأخذ الرزق [2] على القضاء عند أهل العلم قاطبة من الصحابة ومن بعدهم ، وهو قول فقهاء الأمصار لا أعلم بينهم اختلافا " •

ومع أن الكرابيسي لم يبلغه اختلاف بين العلماء في هذه المسألة فإن فيها في الواقع اختلافا وإن كان ذلك لم يبلغ الكرابيسي ، بين هذا الاختلاف ابن حجر العسقلاني وغيره من العلماء ، قال ابن حجر العسقلاني ، في مجال بيان حكم رزق الحاكم : " ورخص الشافعي وأكثر أهل العلم ، وعن أحمد : لا يعجبني ، وإن كان ، فبقدر عمله مثل ولي اليتيم ، واتفقوا على أنه لا يجوز الاستئجار عليه " أ•هـ[3].

---

(١) الإحياء ، جـ ٢ ، ص ١٣٩ •

(٢) الرزق : ما يدفعه الحاكم من بيت المال (الخزانة العامة للدولة) لمن يقوم بمصالح المسلمين ، وقيل : الرزق ما يخرجه الحاكم كل شهر للمرتزقة من بيت المال ، والعطاء ما يخرجه كل عام ، وبين العلماء أن الرزق مبني على المسامحة والمعونة وليس من قبيل المعاوضات (فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني جـ ١٣ ، ص ١٦٠) والمحلى لابن حزم جـ ٨ ، ص ١٩١ •

(٣) فتح الباري ، لابن حجر ، جـ ١٣ ، ص ١٦١ •

فنخلص مما ذكرناه أن أكثر أهل العلم يرون جواز أخذ رزق من الخزانة العامة للقاضي ، والبعض من العلماء يرون كراهة ذلك ، ونقول أيضا : إن بعض فقهاء الزيدية [1] يرى أنه يحرم الأجرة على القضاء لمن تعين عليه ، وكان عنده كفايته من النفقة ، فإن لم تكن عنده كفايته وكان ذا حرفة يشغله القضاء عنها حل له أخذ الأجرة دفعا للضرر ، فإن لم يتعين وله كفاية كره أخذ الأجرة ؛ لأنه قربة .

هذه هي آراء العلماء وإليك بيانا لدليل كل رأى :

الاستدلال للرأى القائل بكراهة أخذ الأجر على القضاء : استدل لهذا الرأى بعدة أمور ، منها :

الأول : القضاء هو أمر بمعروف ونهى عن المنكر ، وكما لا يجوز لمن أمر بمعروف أو نهى عن منكر أن يأخذ على فعله أجرا ، فكذلك القاضي لا يأخذ على فعله أجرا ، لأنه يفصل بين معروف ومنكر ، وبين حق وباطل ، قال المهلب : " وجه الكراهة أنه في الأصل محمول على الاحتساب لقوله تعالى : ﴿ **قل لا أسألكم عليه أجرا** ﴾ ، فأرادوا أن يجرى الأمر فيه على الأصل الذى وصفه الله لنبيه " [2].

ثانيا : المفتى لا يجوز له أن يأخذ أجرا على فتيا له ، لأنه يأمر بحق وينهى عن باطل ، فكذلك القاضى .

ثالثا : لا يجوز لأحد أن يأخذ أجرا على تعليم الناس التوحيد والإسلام فكذلك القضاء لا يأخذ عليه أجرا .

رابعا : لئلا يدخل فى هذا النوع من الحكم من لا يستحقه فيتحيل على أموال الناس .

---

(١) البحر الزخار ، لأحمد بن يحيى بن المرتضى ، جـ ٦ ، ص ١١٤ .

(٢) فتح البارى ، جـ ١٣ ، ص ١٦١ .

الاستدلال للرأى القائل بجواز أخذ الأجر : استدل لهذا الرأى بما يأتى :

أولا : الجهاد فى سبيل الله أمر مفروض على الناس أن يفعلوه ، وخاصة الناس يقومون به دون العامة ، ولا بأس أن يأخذ المجاهدون فى سبيل الله أرزاقا من بيت المال ، وهم إنما قاموا فى ذلك بحق ، وقاموا بفصل بين معروف ومنكر ، وكذلك القضاء يجوز للقاضى أن يأخذ عليه أجرا .

ثانيا : أوجب الله تبارك وتعالى للعامل على الصدقة رزقا فى عمالته ، وجعل له سهما وحقا لقيامه وسعيه فيها ، وقد قام عامل الصدقة بفرض من فروض الله عز وجل ، إذ أخرج حقا من حقوقه ، فاستحق بذلك سهما مفروضا ، وكذلك القاضى يستحق سهما يفرض له .

ثالثا : ثبت أن أصحاب النبى ﷺ كأبى بكر وعمر ، كانوا يأخذون لأنفسهم أرزاقهم من بيت مال المسلمين (الخزانة العامة للدولة) وكذلك من بعدهم من الخلفاء ، فعن عروة عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ قالت : لما استخلف أبو بكر قال : قد علم قومى أن حرفتى لم تكن تعجز عن مؤنة أهلى ، وقد شغلت بأمر المسلمين فسيأكل آل أبى بكر من هذا المال ، ويحترف للمسلمين فيه " .

وثبت أن عمر ـ رضى الله عنه ـ أخذ أيضا وروى عنه قوله : " إنى أنزلت نفسى من مال الله بمنزلة قيم اليتيم ، إن استغنيت عنه تركت ، وإن افتقرت إليه أكلت بالمعروف " ، وأخرج الكرابيسى بسند صحيح عن الأحنف قال : كنا بباب عمر ـ فذكر قصة : وفيها ـ فقال عمر : " أنا أخبركم بما أستحل : ما أحج عليه وأعتمر ، وحلتى الشتاء والقيظ ، وقوتى وقوت عيالى كرجل من قريش ليس بأعلاهم ولا بأسفلهم " . وكان شريح

بن الحارث بن قيس النخعى الذى ولاه عمر قضاء الكوفة ، ثم قضى لمن بعث بالكوفة زمنا طويلا ، كان يأخذ على القضاء أجرا " (١).

رابعا : روى عن النبى ﷺ أنه قال : " أيما عامل استعملنا ، وفرضنا له رزقا ، فما أصاب بعد رزقه فهو غلول " .

ثم قال أصحاب هذا الرأى : " وذلك واسع له ، ومن تعفف عن ذلك فهو أفضل ، وأعلى منزلة إن شاء الله " (٢) ، وقال ابن القاص (٣) : " وهذا كله إذا كان من مال الله من بيت مال المسلمين ، فأما أن يجرى له أهل عمله رزقا فلا يجوز له قبوله ، وكذلك لو أجراه رجل منهم ، أو أجراه السلطان من مال نفسه " .

والرأى القائل بجواز أخذ الأجر هو ما نختاره ، إذ إن القضاء يحتاج إلى انشغال القاضى بأمور الناس ، وقد يترتب على هذا أن يترك كثيرا من أمور نفسه لا يتولاه بنفسه ، وقد يؤثر ذلك على ما يعتمد عليه فى الإنفاق على نفسه وعلى من يعولهم من زوجة ، وأولاد ، أو غيرهم .

وقد روى البخارى بسنده أن عبد الله بن السعدى أخبر أنه قدم على عمر فى خلافته ، فقال له عمر ألم أحدث أنك تلى من أعمال الناس أعمالا ، فإذا أعطيت العمالة (٤) كرهتها ؟ فقلت : بلى ، فقال عمر : ما تريد إلى ذلك ؟ قلت : إن لى أفراسا وأعبدا وأنا بخير ، وأريد أن تكون

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، لابن حجر العسقلانى ، جـ ١٣ ، ص ١٦١ .

(٢) فتح البارى ، لابن حجر العسقلانى ، جـ ١٣ ، ص ١٦٠ ، ١٦١ ، وأدب القاضى والقضاء ، لأبى المهلب هيثم بن سلمان القيسى ، تحقيق الدكتور / فرحات الدشراوى ص ١٧ ، وأدب القاضى ، لأحمد بن أبى أحمد الطبرانى ، المعروف بابن القاص ، جـ ١ ، ص ١٠٩ ، تحقيق ، د. حسين خلف الجبورى .

(٣) أدب القاضى ، لابن القاص ، جـ ١ ، ص ١٠٩ .

(٤) العمالة : بضم العين ـ أجرة العمل ، وأما العمالة ـ بفتح العين ـ فهى نفس العمل . فتح البارى .

ـ تى صدقة على المسلمين ، قال عمر : لا تفعل ، فإني كنت أردت ـى أردت ، فكان رسول الله ﷺ يعطيني العطاء ، فأقول : أعطه أفقر ـيه مني ، حتى أعطاني مرة مالا فقلت : أعطه أفقر إليه مني ، فقال ـنبي ﷺ خذه فتموله وتصدق به [1] . فما جاءك من هذا المال – وأنت غير مشرف ولا سائل [2] . فخذه ، وإلا فلا تتبعه نفسك " [3] . قال الإمام الطبري : " في حديث عمر الدليل الواضح على ان لمن شغل بشيء من أعمال المسلمين أخذ الرزق على عمله ذلك ، كالولاة ، والقضاة ، وجباة ـفيء ، وعمال الصدقة ، وشبههم ، لإعطاء رسول الله ﷺ عمر العمالة على عمله " [4].

وفي ختام هذه المسألة نحب أن نبين أن بعض العلماء يرى أن أخذ ـرزق على القضاء إذا كانت جهة الأخذ من الحلال جائز إجماعا ، ومن تركه إنما تركه تورعا ، وأما إذا كانت هناك شبهة فالأولى الترك جزما ، وقال هذا البعض من العلماء أيضا ويحرم إذا كان المال يؤخذ لبيت المال من غير وجهه ، واختلف إذا كان الغالب حراما [5].

---

(1) قال ابن بطال : " أشار ﷺ على عمر بالأفضل ، لأنه وإن كان مأجورا بإيثاره لعطائه عن نفسه من هو أفقر إليه منه ، فإن أخذه للعطاء ومباشرته للصدقة بنفسه أعظم أجره وهذا يدل على عظيم فضل الصدقة بعد التمول ، لما في النفوس من الشح على المال . فتح الباري ، جـ ١٣ ، ص ١٦٣ .

(2) اتفق العلماء على تحريم المسألة (أي التسول) بغير ضرورة ، واختلفوا في مسألة القادر على الكسب . والأصح التحريم ، وقيل : يباح بثلاثة شروط ، أن لا يذل نفسه ، ولا يلح في السؤال ، ولا يؤذي المسئول ، فإن فقد شرط منها فهو حرام باتفاق . فتح الباري .

(3) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، لابن حجر العسقلاني ، جـ ١٣ ، ص ١٦٠ .

(4) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، لابن حجر ، جـ ١٣ ، ص ١٦٠ .

(5) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، لابن حجر العسقلاني ، جـ . ص ١٦١ .

حق التقاضي مكفول للجميع :

تؤكد النصوص الشرعية أن لكل فرد الحق في أن يدعي ليطالب بحق يرى أنه يستحقه ، ففي بعض المواقف نجد الرسول ﷺ يلبي ــ بدون أدنى غضاضة ــ طلب من أراد القصاص منه ، فقد روى النسائي عن أبي سعيد الخدري [1] قال : بينا رسول الله ﷺ يقسم شيئا إذا أكب رجل ، فطعنه رسول الله ﷺ بعرجون كان معه ، فصاح الرجل ، فقال له رسول الله ﷺ : " تعال فاستقد قال : بل عفوت يا رسول الله " .

وفي غزوة بدر الكبرى وقف ﷺ بين الصفوف يعد لها بقضيب في يده فمر برجل يدعى سواد بن غزية حليف بني النجار ، وهو خارج من الصف ، فضربه بالقضيب في بطنه وقال : استقم يا سواد ، فقال : أوجعتني يا رسول الله ، وقد بعثت بالحق والعدل أقدني من نفسك : (أي اجعلني أقتص منك) ، فكشف رسول الله ﷺ عن بطنه وقال : استقد يا سواد ، (أي اقتص مني) ، فاعتنقه سواد وقبل بطنه ، فقال ﷺ ما حملك على ذلك ؟ فقال : يا رسول الله قد حضر ما ترى فأردت أن يكون آخر العهد أن يمس جلدي جلدك ، فدعا له بخير [2].

وروى ابن كثير أن رسول الله ﷺ خرج على الناس في مرضه الذي توفي فيه ، فقال : أيها الناس ، ألا من كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهري فليستقد ، ومن كنت أخذت له مالا فهذا مالي فليأخذ منه ، ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضي فليستقد ، ولا يقول قائل : أخاف الشحناء من قبل رسول الله ، ألا وإن الشحناء ليست من شأني ولا من خلقي ، وإن أحبكم إلي من أخذ حقا إن كان له علي أو حللني ، فلقيت الله عز وجل وليس لأحد عندي مظلمة [3].

---

(١) نقلا عن الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، جـ ٧ ، ص ٦٣٤ ، دار الشعب .
(٢) نور اليقين في سيرة سيد المرسلين ، للشيخ محمد الخضري ، ص ١١٤ ــ ١١٥ .
(٣) السيرة النبوية ، لابن كثير ، جـ ٤ ، ص ٤٥٧ .

وقد التزم أصحاب رسول الله ﷺ بهذا المبدأ ، فقد ثبت عن أبى بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكا إليه عاملاً (أى واليا) أنه قطع يده ظلما : لئن كنت صادقا لأقيد بك منه ٠

وثبت عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقيد من نفسه ، وروى أبو داود قال : خطب عمر فقال : إنى لم أبعث عمالى (ولاتى) ليضربوا أبشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، فمن فعل به ذلك فليرفعه إلى أقصه منه ، فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلا أدب بعض رعيته تقصه منه ؟ قال إى والذى نفسى بيده أقصه ، وقد رأيت رسول الله ﷺ يقص من نفسه ٠

وروى ابن حزم أن رجلا كان مع أبى موسى الأشعرى ، وكان ذا صوت ونكاية فى العدو ، فغنموا ، فأعطاه أبو موسى الأشعرى بعض سهمه ، فأبى أن يأخذ إلا جميعا ، فضربه عشرين سوطا ، وحلق رأسه ، فجمع شعره ورحل إلى عمر فدخل عليه ، فأخرج شعره فضرب به صدر عمر ، وقص قصته ، فكتب عمر إلى أبى موسى الأشعرى : إن فلانا قدم على فأخبرنى بكذا وكذا ، فإن كنت فعلت ذلك به فعزمت عليك إن كنت فعلت به ذلك فى ملأ من الناس ، فعزمت عليك لما جلست له فى ملأ من الناس حتى يقتص منك ٠ وإن كنت فعلت به ذلك فى خلاء لما جلست له فى خلاء حتى يقتص منك ، فقال له الناس : اعف عنه ، فقال : لا والله لا أدعه لأحد ، فلما قعد للقصاص رفع رأسه إلى السماء وقال : اللهم قد عفوت عنه [1]٠

---

(١) المحلى ، لابن حزم ، جـ ١٠ ، ص ٥٢٤ ٠

الفصل الأول

شروط الصلاحية للقضاء وعزل القاضي وانعزاله

المبحث الأول : شروط الصلاحية للقضاء .

المبحث الثانى : عزل القاضى وانعزاله

المبحث الأول

شروط الصلاحية للقضاء

بين علماء المسلمين أنه لابد من توافر شروط فى الشخص حتى يصح توليته القضاء ، وبينوا أنه لا يجوز لرئيس الدولة أو من له حق تولية القضاة أن يولى شخصا هذا المنصب الخطير إلا إذا تحققت فيه هذه الشروط ، ويجب عليه أن يجتهد فى ذلك لنفسه وللمسلمين ، ولا يحابى أحدا ، ولا يقصد بالتولية إلا وجه الله تبارك وتعالى .

وكان الحادى للعلماء إلى اشتراط هذه الشروط هو الاحتياط بقدر الإمكان أن تكون الأحكام الصادرة فى القضايا أحكاما شرعية صادرة عن ذى أهلية صالحة لإصدار هذه الأحكام .

وسنبين هذه الشروط بمشيئة الله تعالى ، موضحين الخلاف إن وجدناه فى شئ منها ، وإليك بيانها .

الشرط الأول : الإسلام :

يشترط فى القاضى أن يكون مسلما ، فلا يجوز أن يتولى القضاء غير المسلم ، وهذا فى القضاء بين المسلمين ، لأن الكافر ليس له أهلية الولاية على المسلم ، لقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ (١) ، والقضاء ولاية عامة من أعظم السبل ، فهذه الآية مع أنها خبر لفظا ، فإنها نهى فى المعنى ، فهى خبرية لفظا إنشائية معنى ، كقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ،

---

(١) سورة النساء ، الآية ١٤١ .

أى تنهانا عن أن تكون للكفار علينا سبيل ، أى هيمنة ، والقاضى له الهيمنة والولاية ، والولاية هى إنفاذ القول على الغير شاء أم أبى ، وأحكام القاضى تنفذ سواء شاء المتخاصمون أم أبوا ، فإذا ولينا الكافر القضاء على المسلمين كان له الهيمنة والولاية ، وهذا يتنافى مع ما تفيده الآية من النهى عن أن يكون لغير المسلمين سيطرة أو ولاية على المسلمين .

واشتراط الإسلام فى القاضى إذا تولى القضاء أمر أجمع عليه العلماء ، وأما إذا تولى القضاء بين الكفار بأن ولينا أحد الذميين (مواطنا غير مسلم) هذا المنصب ليقضى بين غير المسلمين من المواطنين ، فقد اختلف فيه على رأيين :

أحدهما : ما يراه جمهور العلماء وهو أنه يشترط فيه الإسلام كما هو الشرط فى القاضى بين المسلمين ، وعلى هذا لا يصح تولية القضاء غير المسلم ولو كان سيقضى بين غير المسلمين .

الثانى : لا يشترط الإسلام فى القاضى بين غير المسلمين ، وهو ما يراه الحنفية .

أدلة الجمهور :

أولا : استندوا إلى أن المجتمع الإسلامى لابد أن يكون العلو فيه للمسلمين ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون** ﴾ [1] . **قالوا فلو قلد الكفار القضاء لجاز تنفيذ أحكامهم التي قضوا بها ، وهذا يتنافى مع الصغار ، فلا يجوز تقليدهم القضاء .**

ويمكن أن نجيب بأن الصغار هنا هو خضوعهم للجزية ، وليس أن يكونوا فى وضع المهانة ، لأن الله ﷻ قال : ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم ﴾ الآية .

---

(1) سورة التوبة ، الآية ٢٩ .

ثانيا : ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " الإسلام يعلو ولا يعلى عليه " رواه الدار قطنى فى سننه ، والطبرانى فى الأوسط ، وعلقه البخارى (١).

فلو ولى الكافر القضاء فى دولة الإسلام — ولو على كفار مثله — لكان له ولاية فى دولة الإسلام ، مع أن الحديث يفيد أن لا يكون فيها ولاية لغير المسلم .

ثالثا : القصد من القضاء فصل الأحكام ، وغير المسلم جاهل بالأحكام الشرعية (٢) .

ويمكن أن يجاب : بأنه سيحكم بينهم بشريعتهم فيما يختصون به ، وأما فيما يحكم بينهم بشريعتنا فيمكن وضع قانون بهذا يلزم به ، وهو ما يحدث حاليا .

رابعا : العدالة من شروط القاضى ، لذلك فالفاسق ممنوع من تولى القضاء مع أنه أحسن حالا من الكافر ، فيكون الكافر ممنوعا من توليه من باب أولى ، لأن الكافر أفسق الفساق ، فالقياس الأولوى يؤدى إلى تحريم تولى الكافر القضاء ، ولم يمنع الفاسق من تولى سلطة القضاء إلا لغياب صفة العدالة عن شخصه ، ولا شك فى أنه أحسن حالا من الكافر ، فيكون حرمانه من هذه السلطة أولى ، لتمكن علة المنع عنده أكثر من الفاسق .

ويمكن أن يجاب بأن المقيس عليه مختلف فيه ، فالعدالة مختلف فى اشتراطها فى القاضى ، ولا يصح القياس على أمر مختلف فيه .

---

(١) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ٦٧ ، والمغنى ، لابن قدامة ، جـ ٦ ، هامش ص ٣٥٦ ، مطابع سجل العرب .

(٢) منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ، جـ ٩ ، ص ٢٥ — ٢٦ .

أدلة الحنفية :

سنجد فيما يأتى بعض أدلة الحنفية ضعيفا والبعض قويا ، ولكن الرأى يسلم ويكون مقبولا ولو بدليل واحد ٠

استدل الحنفية بما يأتى :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض** ﴾ [1] ٠ فقد أفادت الآية أن للكفار ولاية بعضهم على بعض ، فيتناول هذا أن لهم ولاية القضاء بعضهم على بعض ٠

مناقشة هذا الاستدلال :

أجيب عن هذا الاستدلال : بأن الآية محمولة على الموالاة لا الولاية ، وفرق بين الموالاة ، وهى المحبة والنصرة والولاية وهى تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى ٠

ثانيا : قياس القضاء على الشهادة ، فلما كان يصح للذمى أن يشهد على ذمى مثله ، فإنه يصح للذمى أن يقضى على ذمى كذلك ٠

ثالثا : أن العرف جرى فى البلاد الإسلامية [2] منذ فجر التاريخ الإسلامى على تعيين قضاة من أهل الذمة ليحكموا بينهم ٠

<u>المناقشة :</u>

نوقش هذا : بأن العرف الجارى بتقليدهم على أهل دينهم إنما هو مجرد تقليد زعامة ورياسة وليس تقليد حكم وقضاء ، ويدل على ذلك :

---

(١) سورة المائدة الآية ٥١ ٠

(٢) معنى العرف الأمر الذى اعتاده الناس وألفوه ٠

١ ــ أنهم لو امتنعوا من التحاكم إلى غير المسلم لا يجبرون على ذلك ، وعليهم ــ إذا شاءوا ــ أن يتحاكموا إلى قاض من قضاة المسلمين .

٢ ــ أن رئيس الدولة الإسلامية لا يلزم بالحكم الذى قضى به القاضى غير المسلم ، وله إذا شاء أن يعيد النظر فى القضية بنفسه أو بواسطة قاض مسلم . أما لزوم حكمه لأهل دينه فما ذلك إلا لأنهم التزموه بتحاكمهم إليه ، لا إلزامهم به من جهة تقليد القاضى عليهم ، أى أن الإلزام بحكمه إنما هو لرضائهم به ، وليس ناشئا عن كونه سلطة قضائية ملزمة [١].

وقد رجح بعض الباحثين الفضلاء [٢] مذهب الحنفية لعدة أمور :

الأول : أن العرف الذى استند إليه الحنفية له أصل شرعى ، وهو أن عمرو بن العاص ، بعدما فتح مصر ولى القضاء قضاة من بين النصارى ليحكموا بين أهل ديانتهم ، ولما بلغ ذلك عمر بن الخطاب أقره ، ولم يعلم لهما مخالف من الصحابة ، وهذا هو أصل القضاء الملى فى البلاد المصرية .

الثانى : أنه يفهم من كلام فقهاء الحنفية أن القول بجواز تولية غير المسلم القضاء بين أهل ديانته إنما هو نوع من التسامح مع أهل الذمة ، فلا ينبغى أن يفهم من هذه التولية أكثر من هذا ، فلا يفهم منها أنه يجب على رئيس الدولة الإسلامية أو من له حق تولية القضاة أن يولى غير المسلم ، لأن من الأصول المقررة أن كل ولاية عامة فى بلاد الإسلام إنما تستند

---

(١) أدب القاضى للماوردى ، جـ ١ ، ص ٢٢٩ ، ونهاية المحتاج ، للرملى ، جـ ٨ ، ص٢٣٨ ، ومحاضرات فى علم القضاء ، لأستاذنا الدكتور / عبد العال عطوة ، ص٤٢ وما بعدها مكتوبة بالآلة الكاتبة .

(٢) أستاذنا الدكتور عبد العال عطوة فى محاضرات فى علم القضاء ص ٤٤ .

إلى المسلمين لا إلى غيرهم ، كما لا يفهم منها أن غير المسلمين مجبرون على أن يتحاكموا إلى القاضي غير المسلم ، لأن لهم الحق في التحاكم إلى القاضي المسلم .

الثالث : أن هذه التولية لا تنفي الصغار عنهم ، لأن هذه التولية ليست على المسلمين ، وإنما عليهم أنفسهم ، فالصغار لازم لكفرهم ولأدائهم الجزية ، كما أنه ليس في هذه التولية علو على المسلمين ، لأن العلو لا يتحقق إلا إذا شملت التولية الحكم بين المسلمين ، وهذا غير حاصل [1].

الشرط الثاني : البلوغ :

فلا يصح تولية الصبي القضاء ، حتى لو كان مميزا واشتهر بالفطنة والذكاء ، وهذا أمر مجمع عليه من العلماء ، وقد استندوا إلى ما يأتي :

أولا : ما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " تعوذوا بالله من رأس السبعين ، وإمارة الصبيان " ، رواه أحمد [2].

ووجه الاستدلال : أن الرسول ﷺ أمرنا بأن نتعوذ من إمارة الصبيان ولا يكون التعوذ إلا من شر ، فتكون إمارة الصبيان شرا ، ونحن ممنوعون من ارتكاب الشر ، فتكون توليتهم ممنوعة [3] لأن ما يؤدي إلى الممنوع يكون ممنوعا .

---

(١) محاضرات في علم القضاء للدكتور / عبد العال عطوة ، ص ٤٤ ــ ٤٥ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ، جـ ٩ ، ص ١٦٧ ، مطبعة دار الجيل ، ببيروت .

(٣) لعل رسول الله ﷺ ــ إذا ثبت هذا الحديث ــ أمرنا بالتعوذ من رأس السبعين لما ظهر فيهما من الفتن العظيمة ، كقتل الحسين ﷺ ، ووقعة الحرة ، وغير ذلك مما وقع في عشر السبعين ، وكانت وقعة الحرة في أيام يزيد بن معاوية ، وسببها أن أهل المدينة كانوا أعلنوا عصيانهم ، وخلعوا يزيد بن معاوية ، وولوا أمرهم عبد الله بن حنظلة ، ولما بلغ ذلك يزيد أرسل إليهم من ينصحهم بالرجوع إلى طاعته ، فلما لم يستجيبوا ==

ثانيا : أن القضاء محتاج إلى الفطنة وكمال الرأى ، وتمام العقل ، والصبى لا يتوافر فيه هذا ، فلا يصح توليته ٠

ثالثا : إن الصبى ناقص الأهلية ، يحتاج إلى تولية غيره عليه ، فلا يصح أن يكون له الولاية على غيره ٠

رابعا : إن تولية رئيس الدولة لشخص أى منصب عام مقيدة بالنظر والمصلحة ، ولا تتحقق المصلحة فى تولية الصبى منصب القضاء ، فلا يصح توليته ٠

ولا يشترط أن يبلغ القاضى سنا معينة ، بل الشرط هو البلوغ ، فإذا كان الشخص بالغا ، وتوفرت فيه الشروط الأخرى ، فهو صالح لتولى هذا المنصب ، حتى لو كان حديث السن ، لكن لو رأى رئيس الدولة أو من له حق تولية القضاة اشتراط بلوغ سن معينة للصلاحية لهذا المنصب ، فهذا لا شئ فيه ، لأنه يدخل فى باب المصلحة (١) ٠

ولو قلد القضاء صبى فبلغ ، هل يحتاج إلى تقليد جديد ، أم لا ؟ قال الحنفية ليس له أن يقضى بذلك الأمر الصادر له قبل بلوغ ، بل لابد من تولية جديدة ، بخلاف الكافر إذا تولى القضاء ثم أسلم ، والعبد إذا تولى القضاء ثم عتق ، فإنه يجوز لهما أن يقضيا بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد ، كما لو تحمل العبد الشهادة حال رقه ، ثم عتق فإنه يجوز له الشهادة ٠

==لذلك جهز جيشا ، وجعل قيادته لمسلم بن عقبة المرى ، مكونا من اثنى عشر ألفا من المقاتلين ، استباحوا المدينة ثلاثا ، يقتلون الناس ، ويأخذون المتاع والأموال ، نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٩ ، ص ١٦٨ ، ومحاضرات فى تاريخ الأمم الإسلامية للشيخ محمد الخضرى ٠ الجزء الثانى ص ١٩٩ ٠

(١) محاضرات فى علم القضاء ، لأستاذنا الدكتور عبد العال عطوة ، ص ٣٨ ــ ٤٠ ٠

وبين الحنفية أن الفرق بين الكافر والعبد من جهة والصبي من جهة أخرى ، أن كلا من الكافر والعبد له ولاية ، لكن به مانع ، فإذا أسلم الكافر أو عتق العبد ، فقد زال المانع ، أما الصبي فليس له ولاية أصلاً [1] .

الأشياء التي يحصل بها البلوغ :

من حكمة الله تبارك وتعالى ورحمته بعباده أنه لا يكلف الإنسان بالتكاليف الشرعية فيعاقبه إذا تركها إلا بحصول البلوغ ، يبين هذا ما رواه الأئمة أحمد بن حنبل ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، وابن حبان ، والحاكم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق " .

والتكليف بالأحكام الشرعية مرتبط بالبلوغ ، لأن الأحكام الشرعية تتوجه إلى العاقل ، فلا يكلف غير العاقل ، ولما كان العقل شيئاً خفياً ، فلابد أن يكون هناك ما يدل على وجوده ، فارتبط بالبلوغ لأنه مظنة وجوده ، فإذا بلغ الإنسان سواء أكان ذكراً أم أنثى ــ فقد حدث مظنة وجود العقل عنده ، فتتوجه إليه كل التكاليف الشرعية من فرائض يجب عليه أداؤها ، كالصلاة ، والصيام ، والحج إن استطاع ، وغير ذلك من واجبات بينتها أدلة الشريعة ، كما يكون محلاً للعقوبة ، فإذا ارتكب ما يستوجب عقوبته استحق هذه العقوبة ، كسائر المكلفين .

وهناك خمسة أشياء تدل على البلوغ ، يشترك الذكر والأنثى في ثلاثة أشياء منها ، وتختص الأنثى بشيئين :

فأما الأشياء الثلاثة التي يشترك فيها الذكر والأنثى فهي : خروج المني ، ونبات الشعر حول عضو التذكير ، وعضو التأنيث ، والسن ، وأما

---

(1) شرح فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، ج ٧ ، ص ٢٥٣ .

الشيئان اللذان يختصان بالأنثى فهما : الحيض ، والحمل . وسنفصل الكلام عن هذه الأشياء الخمسة .

وأولها خروج المنى : وسواء خرج من الذكر أم من الأنثى فى حال اليقظة أم فى حال المنام ، بجماع أو باحتلام ، أو غير ذلك ، فقد حصل به البلوغ وهذا محل إجماع أو بتعبير بعض العلماء : لا نعلم فى ذلك اختلافا ويدل على هذا قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا** ﴾ (١) . وما رواه الأئمة : أحمد بن حنبل ، وأبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه ، وابن حبان ، والحاكم ، أن رسول الله ﷺ قال : " رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق " ، قال ابن المنذر : " وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل " .

والثانى : من الأشياء الخمسة ، وهو ثانى الأشياء المشتركة بين الذكر والأنثى إنبات الشعر الأسود المتجعد فى العانة ، فهذا عند فريق من العلماء إحدى العلامات الطبيعية للدلالة على حدوث البلوغ ، وبين القائلون بأن هذا من علامات البلوغ ، وأنه ليس من علامة البلوغ إنبات مطلق الشعر ، بل أن يكون الشعر الأسود المتجعد فى هذا الموضع ، وأما إنبات مطلق الشعر فإنه لا يكون علامة على البلوغ ، لأن الزغب الضعيف أى الشعر الصغير اللين ، ينبت فى الأطفال (٢).

والقول بأن إنبات الشعر علامة من علامات البلوغ فى الذكر والأنثى قال به مالك ، وقال به الشافعى فى أحد قوليه ، وهو ما يراه أحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهوية ، وأبو ثور ، وغيرهم .

---

(١) سورة النور . الآية رقم ٥٩ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٥ ، ص ٣٧١ .

ويوجد فى الإنبات رأى ثان هو أن يكون بلوغا فى حق غير المسلمين ، وليس بلوغا فى حق المسلمين ، وهذا ما يراه الشافعى فى القول الآخر له .

ورأى ثالث فى الإنبات ، يراه أبو حنيفة ، وهو أنه لا اعتبار به ، لأنه لا يعدو أن يكون نبات شعر فى جسم الإنسان ، فأشبه شعر سائر البدن ، فلا يثبت بالإنبات حكم ، فليس هو ببلوغ ولا دلالة له على البلوغ [١].

وقد استدل العلماء القائلون بأن إنبات الشعر فى هذا الموضع من علامات البلوغ بما حدث عندما أخل يهود بنى قريظة بالعهد الذى كان بينهم وبين رسول الله ﷺ ، ورضوا بتحكيم سعد بن معاذ ، فكان من حكمه عليهم أن تقتل رجالهم ، فكان المسلمون إذا اشتبهوا فى الشخص هل بلغ مبلغ الرجال أولا ، كشفوا فإذا رأوا إنبات الشعر عومل الشخص معاملة الرجال ، فيعاقب بعقوبتهم وهى القتل ، فعن عطية القرظى ــ وكان يهوديا ثم أسلم ــ قال : " عرضنا على النبى ﷺ يوم قريظة ، فكان من أنبت قتل ، ومن لم ينبت خلى سبيله ، وكنت ممن لم ينبت فخلى سبيلى " رواه الخمسة : أحمد بن حنبل ، والترمذى ، والنسائى ، وأبو داود وابن ماجه وصححه الترمذى ، وصححه أيضا ابن حبان ، والحاكم وقال : على شرط الصحيحين [٢].

---

(١) ابن كثير : تفسير القرآن العظيم ، جـ ١ ، ص ٤٥٣ ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبى جـ ٥ ، ص ٣٦ ، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، للشوكانى ، جـ ١ ، ص ١٥٥ . مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر .

(٢) نيل الأوطار ، جـ ٥ ، ص ٣٧١ ، وتفسير القرآن العظيم لابن كثير ، جـ ١ ، ص٤٥٣ .

واستدل لهذا الرأى أيضا بما كتب عمر بن الخطاب ﷺ إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسى •

واستدل أيضا له بأن الشعر خارج يلازمه البلوغ غالبا ، ويستوى فيه الذكر والأنثى ، فكان علما على البلوغ كالاحتلام •

ومن أدلتهم أيضا أن الخارج من الجسم ضربان : متصل ومنفصل ، فلما كان المنفصل كالمنى والحيض ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل •

وسبق أن ذكرنا أن الشافعى ﷺ فى أحد قوليه ، يرى أن إنبات الشعر من علامات البلوغ فى حق غير المسلمين لا فى حق المسلمين ، ولعله فى هذا الرأى ملتزم بظاهر النص الوارد فى حادثة تحكيم سعد بن معاذ فى بنى قريظة ، فهذا النص ورد فى غير المسلمين ، لكن الرد على هذا الرأى بأن ما كان بلوغا فى حق غير المسلمين كان بلوغا فى حق المسلمين ، كالاحتلام والسن ، والإنبات أمر جبلى أى طبيعى يستوى فيه جميع الناس [1].

هذا ، وقد بين بعض العلماء أن إنبات شعر اللحية والشارب ليسا بعلامة على البلوغ ، لأن الإنسان قد يبلغ قبل أن ينبت له شئ من ذلك بزمن طويل [2].

والثالث من الأشياء الخمسة وهو ثالث الأشياء المشتركة بين الذكر والأنثى : السن ويرى الأوزاعى ، والشافعى وأحمد بن حنبل ، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن تلميذا أبى حنيفة ، أن مضى خمس عشرة سنة من حين الولادة يكون بلوغا ، سواء أكان ذلك فى الذكر أم فى الأنثى ، وهو ما يراه أيضا بعض فقهاء المالكية ، ويراه عمر بن عبد العزيز ،

(١) المغنى ، لابن قدامة جـ ٤ ، ص ٥١٤ ، تفسير ابن كثير ، جـ ١ ، ص ٤٥٣ •
(٢) أسهل المدارك • شرح إرشاد السالك فى فقه إمام الأئمة مالك ، جـ ٣ ، ص ٥ •

وجماعة من أهل المدينة ، واختاره ابن العربى ، وتجب عقوبات الحدود وفرائض الشرع عند هؤلاء العلماء على من بلغ هذه السن ، قال أصبغ بن الفرج أحد فقهاء المالكية القائلين بهذا الرأى : " والذى نقول به إن حد البلوغ الذى تلزم به الفرائض والحدود خمس عشرة سنة ، وذلك أحبُ ما فيه إلىّ ، فأحسنه عندى ، لأنه الحد الذى يسهم فيه فى الجهاد ولمن حضر القتال " (١)

ويرى داود الظاهرى أنه لا اعتبار بالسن فى البلوغ ، فلا يحكم ببلوغه بالسن ما لم يحتلم ولو بلغ أربعين سنة (٢) ، لقوله ﷺ : " رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم " وإثبات البلوغ بغير الاحتلام مخالف للحديث ، وهذا أيضا ما يراه مالك .

ويرى أصحاب مالك أن البلوغ فى الذكر والأنثى بسبع عشرة سنة ، ويوجد رأى آخر عندهم أنه يكون بثمانى عشرة سنة ، ورأى ثالث بخمس عشرة سنة (٣).

وروى عن أبى حنيفة عدة روايات إحداها : أنه لا يحكم لمن لم يحتلم حتى يبلغ ما لم يبلغه أحد إلا احتلم ، وذلك سبع عشرة سنة ، فتوقع عليه العقوبات الشرعية المحددة إذا ما ارتكب ما يستوجب توقيعها عليه .

وتوجد رواية أخرى عن أبى حنيفة أنه يرى : أن البلوغ يكون بتسع عشرة سنة ، وهى الرواية الأشهر ، وأنه يرى أن الأنثى تبلغ بسبع عشرة سنة ، وروى عنه رواية ثالثة رواها اللؤلئى أن البلوغ بثمانى عشرة سنة فى حق الغلام . وجمع بعض فقهاء الحنفية بين الرواية التى تقول إن أبا

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ، جـ ٥ ، ص ٣٥ ، وتكملة فتح القدير ، لقاضى زاده ، جـ ٩ ، ص ٢٧٠ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبى ، جـ ٥ ، ص ٣٥ .

(٣) المغنى ، لابن قدامة ، جـ ٤ ، ص ٥١٤ ، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك فى فقه إمام الأئمة مالك ، جمع أبى بكر بن حسن الكشناوى ، جـ ٣ ، ص ٥ .

حنيفة يرى أن البلوغ فى حق الغلام بثمانى عشرة سنة ، والرواية التى تقول إنه يرى أن البلوغ فى حقه بتسع عشرة سنة بأن المراد أن يدخل فى التاسعة عشرة ويتم له ثمانى عشرة سنة ، فلا يكون اختلاف بين الروايتين [1] . وتوجد رواية رابعة : أن الغلام والجارية يبلغان بخمس عشرة سنة [2] .

وقد استدل للرأى القائل : بأن البلوغ فى الذكر والأنثى بخمس عشرة سنة ، بحديث عبد الله بن عمر عندما عرض على النبى ﷺ ليشترك مع جيش المسلمين فيقاتل معهم فى معركة أحد ، وكانت سنه فى ذلك الوقت أربع عشرة سنة ، فلم يسمح له النبى ﷺ بالاشتراك مع الجيش فى الحرب ولما بلغ خمس عشرة سنة ، سمح له النبى ﷺ بالاشتراك فى الحرب يوم الخندق ، روى الجماعة : البخارى ، ومسلم ، وأحمد بن حنبل ، والترمذى والنسائى ، وأبو داود ، وابن ماجه عن ابن عمر قال : عرضت على النبى ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ، وعرضت عليه يوم الخندق ، وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى .

ومعنى الإجازة : الإذن بالخروج للاشتراك فى القتال ، قال عمر بن عبد العزيز لما بلغه هذا الحديث : إن هذا الفرق بين الصغير والكبير [3] .

وقد تعقب بعض العلماء الاستدلال بهذا الحديث : بأن هذا الحديث لا دلالة فيه على البلوغ ، لأنه ﷺ لم يتعرض لسن عبد الله بن عمر ، وإن فرض خطورة ذلك المعنى ببال عبد الله بن عمر .

---

(1) تكملة فتح القدير ، لقاضى زاده ، جـ ٩ ، ص ٢٧٠ .

(2) الجامع لأحكام القرآن ، جـ ٥ ، ص ٣٥ ، وتكملة فتح القدير ، لقاضى زاده ، جـ ٩ ، ص ٢٧٠ .

(3) تفسير ابن كثير ، جـ ١ ، ص ٤٥٣ .

ورد الشوكانى **هذا التعقيب** : بالزيادة التى جاءت فى رواية أخـــرى لهذا الحديث عند البيهقى ، وابن حبان فى صحيحه ، فقد جاءت الروايـــة عندهما بزيادة : " ولم يرنى بلغت " بعد قوله : " لم يجزنـــى " وبزيـــادة : " ورآنى بلغت " بعد قوله : أجازنى " ، وهذه الزيادة صححها أيضا ابـــن خزيمة ٠

والظاهر أن عبد الله بن عمر لا يقول هذا بمجرد الظن مـــن دون أن يصدر من رسول الله ﷺ ما يدل على ذلك [1].

وعلل أصحاب هذا الرأى القائل بأن البلوغ فى الذكر والأنثى بخمـــس عشرة سنة ، وتساوى الذكر والأنثى فى هذا المقدار من الســـنين مـــع أن الحديث فى الذكر ، عللوا هذا التساوى بأن السن معنى يحصل به البلـــوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه ، كالإنزال للمنى [2].

وقد استدل للرأى المنقول عن أبى حنيفة أن الغلام يبلغ بثمانى عشـــرة سنة والأنثى تبلغ بسبع عشرة سنة بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **ولا تقربـــوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يَبلغ أشده** ﴾ [3] ٠ قال فقهاء الحنفيـــة إن الصبى يبلغ أشده بثمانى عشرة سنة ، كما قاله عبد الله بـــن عبـــاس ، والقول بالثمانى عشرة سنة هو أقل ما قيل فى تفسير بلوغ الصبى أشـــده ، لأن هناك رأيا ثانيا يقول : اثنتان وعشرون سنة ، ورأيا ثالثا يقول : خمس وعشرون سنة ، وهو قول عمر ﷺ ، وإذا كان القول بالثمانى عشرة سنة هو أقل ما قيل فى تفسير بلوغ الصبـــى أشـــده فينبغـــى الحكـــم عليـــه ، للاحتياط ٠

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٥ ، ص ٣٧٠ ــ ٣٧٣ ٠

(٢) المغنى لابن قدامة ، جـ ٤ ، ص ٥١٥ ٠

(٣) سورة الإسراء ، من الآية رقم ٣٤ ٠

ولما كان الإناث نشوؤهن وإدراكهن أسرع من الذكور غالبا فإن ذلك دافع إلى الإنقاص فى حقهن سنة وكانت سنة كاملة ، لأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة (١).

وبهذا ينتهى الكلام عن الأشياء الثلاثة التى يشترك فيها الذكر والأنثى وهى : خروج المنى ، ونبات الشعر الخشن فى العانة ، والسن ، وأما الشيئان اللذان تختص بهما الأنثى فهما ــ كما بينا ــ الحيض والحمل .

والحيض علامة من علامات البلوغ لا نعلم فيه خلافا كما عبر عن ذلك ابن قدامة ، وقد روى الترمذى أن رسول الله ﷺ قال : " لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار " (٢) قال الترمذى : حديث حسن .

والحمل أيضا علامة من علامات البلوغ ، لأن الله عز وجل أجرى العادة على أن لا يخلق الولد إلا من لقاء بين حيوان منوى من الرجل وبويضة من المرأة ، فمتى حملت فإنه يحكم ببلوغها فى الوقت الذى بدأ فيه حملها (٣).

هذا وإذا قارب الغلام أو الجارية الحلم وأشكل الأمر فيهما ، وادعى أى منهما البلوغ فقال هو أو قالت هى : بلغت ، فالقول قولهما ، وتكون أحكام كل منهما أحكام البالغين ، لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا ، فإذا أخبرا بذلك قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة فى الحيض وفى العدة ، وبين بعض العلماء أنه يشترط فى قبول قولهما فى هذه الناحية إذا كان الغلام بلغ اثنتى عشرة سنة وبلغت الأنثى تسع سنين ، فإذا كان أحدهما لم يبلغ ذلك فلا يقبل قوله ، لأن الظاهر يكذبه (٤) .

---

(١) تكملة فتح القدير ، لقاضى زاده ، جـ ٩ ، ص ٢٧٠ .

(٢) الخمار : غطاء رأس المرأة .

(٣) المغنى ، لابن قدامة ، جـ ٤ ، ص ٥١٥ ، وأسهل المدارك ، شرح إرشاد السالك فى فقه إمام الأئمة مالك ، لأبى بكر بن حسن الكشناوى ، جـ ٣ ، ص ٥ ، الطبعة الثانية .

(٤) حاشية سعدى جلبى على تكملة فتح القدير ، جـ ٩ ، ص ٢٧٠ .

الشرط الثالث : من شروط القاضي : العقل :

إذا كان لا يصح تولية الصبي القضاء فالمجنون لا يصح توليته من باب أولى ، والعقل أحد الشروط المجمع عليها بين العلماء ، لا يتصور الخلاف في ذلك ، وقد عرف بعض العلماء العقل بأنه : " غريزة يتأتى بها درك العلوم وليست منها " واختار ابن السبكي أحد كبار فقهاء الشافعية تعريفا له بأنه : " ملكة يتأتى بها درك المعلومات " (١).

والعلماء مختلفون في محل العقل ، فالشافعية يقولون إن محل العقل هو القلب ، ويستندون في هذا إلى نصوص من القرآن والسنة ، فمن القرآن قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **أفلم يسيروا في الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها** ﴾ (٢) ، وقوله عز وجل : ﴿ **ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والإنس لهم قلوب لا يفقهون بها** ﴾ (٣) وقوله عز وجل : ﴿ **إن في ذلك لذكرى لمن كان له قلب** ﴾ ، ومن السنة يستندون إلى قول رسول الله ﷺ : " ألا وإن في الجسد مضغة " الحديث .

وذهب فريق آخر إلى أن محل العقل الدماغ وليس القلب ، وهو المعروف عن أبي حنيفة رضي الله عنه (٤).

هل يكتفى بالعقل الذي يتحقق به التكليف ؟

هل يكتفى في شرط العقل أنه يوجد عند الشخص العقل الغريزي ، أي العقل التكليفي ، الذي يناط به التكليف ، أم لابد أن يتحقق عنده عقل اكتسابي زيادة على العقل التكليفي ؟ .

---

(١) الأشباه والنظائر ، لعبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، جـ ٣ ، ص ١٧ ، دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) سورة الحج ، الآية رقم ٤٦ .

(٣) سورة الأعراف ، الآية رقم ١٧٩ .

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ، جـ ٢ ، ص ١٧ ، ١٨ .

اشترط الماوردى أحد أشهر علماء الشافعية زيادة العقل الاكتسابى ، فلا يكفى عنده العقل الغريزى الذى هو مناط التكليف . قال الماوردى محددا مراده من شرط العقل : " ولا يكتفى فيه بالعقل الذى يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية حتى يكون صحيح التمييز جيد الفطنة ، بعيدا عن السهو والغفلة ، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل ، وفصل ما أعضل " (١).

فالماوردى – كما هو واضح من كلامه – يرى أن مجرد وجود العقل التكليفى لا يكفى ، لأنه يمكن أن يكون عنده العقل التكليفى ، لكنه مع هذا تتحقق فيه صفة الغفلة ، فالفطانة (٢) إذن على رأى الماوردى مطلوبة فى القاضى ، وهى ضد الغفلة .

والغفلة صفة تؤدى إلى أن ينخدع الشخص بتحسين الكلام ، ولا يفطن إلى بعض الأمور التى تساعده فى الحكم فى القضية المطروحة أمامه ، فلابد من جودة العقل ، وقوة إدراكه لمعانى الكلام .

والمالكية أيضا يشترطون ما اشترطه الماوردى ، وهو شرط الفطانة (٣) . والبعض منهم يرى أنها من الصفات المستحبة وليست شرطا فى صحة التولية ، وبعض ثالث منهم أيضا يرى أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل شرط فى صحة التولية لهذا المنصب ، والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغى أن تكون من الصفات المستحبة فى القاضى .

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٧٢ ، دار التوفيقية بالقاهرة .

(٢) الفطنة والفطانة والفطن ، كلها بمعنى واحد ، وهى كلها مصدر للفعل فطن ، المصباح المنير ، مادة : فطن .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ، جـ ٤ ، ص ١٢٩ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى بمصر .

ويرى الرملى أحد علماء الشافعية أن اشتراط الماوردى فى القاضى زيادة العقل الاكتسابى مخالف لفقهاء الشافعية ، أى أنهم لم يشترطوا ما اشترطه الماوردى من زيادة على العقل التكليفى ٠

ويرى بعض آخر من فقهاء الشافعية أن الذى اشترطه الماوردى لابد منه ، وأن مجرد العقل التكليفى الذى هو التمييز غير كاف فى القاضى قطعا ، وبين أن الرملى نفسه ــ وهو الذى لم يرض بما اشترطه الماوردى ــ اشترط ان يكون ذا يقظة تامة ، وهذا مساو لما قاله الماوردى فما قاله الماوردى ليس فيه زيادة على هذا ، ونجد أن ابن جماعة الفقيه الشافعى يقول عند كلامه عن شرط العقل فى القاضى " ونعنى بالعقل : صحة التمييز وجودة الفطنة والذكاء " [(١)] وفى فقه الشيعة الإمامية نجدهم يشترطون فى القاضى كمال العقل [(٢)].

وجمهور العلماء لا يحددون للفطنة حدا معينا ، لكن بعض فقهاء المالكية يرى أنه من المستحب أن لا يكون القاضى زائدا فى جودة الذهن والرأى عن عادة الناس ، وقد علل لهذا الرأى بأنه يخشى أن يحمله جودة رأيه وفكره على الحكم بين الناس بالفراسة [(٣)] ، وترك قانون الشريعة من طلب البينة (الشهود) وتجريحها وتعديلها ، وطلب اليمين ممن توجهت إليه ، وغير ذلك [(٤)].

---

(١) مواهب الجليل ، لشرح مختصر خليل ، للحطاب ، جـ ٦ ، ص ٨٨ ، وحاشية أحمد ابن عبد الرازق ، المعروف بالمغربى الرشيدى على شرح نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ، ص ٢٣٨ ٠

(٢) تحرير الأحكام فى تدبير أهل الإسلام لمحمد بن إبراهيم بن سعد الله بن جماعة ، تحقيق الدكتور / فؤاد عبد المنعم ، ص ٨٨ ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ هـ ، ١٩٨٥ م ٠

(٣) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ، للحلى جعفر بن الحسن ، جـ ٤ ، ص ٦ ، منشورات دار الأضواء ، ببيروت ٠

(٤) الفراسة هى : الاستدلال بالأمور الظاهرة على الأمور الخفية ، كالاستدلال بشكل المرء ولونه ، وقوله على خلقه ، فيستدلون باتساع الجبين على الذكاء ، وبعرض القفا ==

ويجاب عن هذا : بأنه على العكس من ذلك ، فإن المطلوب أن يكون القاضى زائدا فى الفطنة والدهاء عن عامة الناس ، لأن ذلك يؤدى إلى سرعة الوصول إلى الحق فى القضايا المطروحة أمامه ، ويؤيد هذا أن عمر بن الخطاب ﷺ أسرع فى تولية كعب بن سور القضاء عندما ظهرت له زيادة فطنة عنده ، فقد روى عن الشعبى أن كعب بن سور الأسدى كان جالسا عند عمر بن الخطاب ﷺ فجاءت امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين ، ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجى ، والله إنه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما ، فاستغفر لها وأثنى عليها ، ثم قال لها : نعم الزوج زوجك ، فجعلت تكرر هذا القول ، ويكرر عليها الجواب ، فقال له كعب : يا أمير المؤمنين ، هذه المرأة تشكو زوجها فى مباعدته إياها عن فراشه ، فقال له عمر : كما فهمت كلامها فاقض بينهما ، قال : فإننى أرى كأنها امرأة عليها ثلاثة نسوة هى رابعتهن له ثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيها ، ولها يوم وليلة ، ثم قال للزوج : إن لها عليك حقا يابعل ، تصيبها فى أربع لمن عدل ، فأعطها ذاك ودع عنك العلل ، فقال عمر : والله ما رأيك الأول بأعجب إلىَّ من الآخر ، اذهب فأنت قاض على أهل البصرة [1].

أما الخشية من أن يحكم القاضى بالفراسة ، ويترك قانون الشريعة فلا محل لها ، لأن من الشروط التى يجب أن تتحقق فى القاضى شرط العدالة ، والعدالة تمنع القاضى من أن يترك قانون الشريعة ويحكم بغير هذا القانون [2].

==على الغباء ، وبضيق العين على الشح ، وبغلظ الشفتين على الإسراف فى الحب والبغض ، تاريخ الأدب العربى للأستاذ أحمد حسن الزيات هامش ، ص ١١ .

(١) المغنى ، لابن قدامة ، جـ ٧ ، ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) محاضرات فى علم القضاء للدكتور / عبد العال عطوة ، مكتوبة بالآلة الكاتبة ، ص ٤١ .

الشرط الرابع : الحرية :

أى لا يكون عبدا ، وهذا شرط اشترطه جمهور العلماء عندما كان الرق موجودا فى عصورهم ، وهو من الشروط التى قال بها جمهور العلماء ، عدا ابن حزم والزيدية ـ فيما اطلعنا عليه من مصادر ـ ، وذلك لنقص العبد بجميع أقسامه ، سواء أكان قناً ، أى خالص العبودية ، أم مبعضا ، أى بعضه حر وبعضه رقيق ، كأن اشترك اثنان فى ملكية عبد بميراث ، أو بشراء ، أو بغير ذلك من أسباب التملك المشروعة ، ثم أعتق أحدهما نصيبه ، أم كان مدبرا ، أى قال له سيده : أنت حر بعد موتى ، أم معلقا عتقه على صفة ، كأن قال له سيده : إن شفانى الله فأنت حر ، فكل هذه الأنواع لا يصح توليتها منصب القضاء ، لنقصان العبد ، والنفوس البشرية تأنف من الانقياد لمن به رق •

وأيضا فلأن الرق ـ كما قال العلماء ـ أثر كفر ، لأنه فى الأصل عقوبة وقعت على أسير الحرب من الكفار ، لما استكبر عن عبادة الله تبارك وتعالى ، جعله الله عبد عبيده •

ويعلل العلماء أيضا لهذا الشرط بأن العبد : مشغول بحقوق سيده فلا يتفرغ لمصالح الأمة [1] • وقال الإمام الباجى : " ووجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيده ، فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين " [2].

وقد دلل ابن حزم لرأيه بعدة أمور :

الأمر الأول : أن القضاء هو نوع من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، والعبد كسائر أفراد الأمة مخاطب بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر •

---

(١) الروض المربع ، لمنصور بن يونس البهوتى ، وحاشيته ، جـ ٣ ، ص ٣٨٥ ، مطبعة السعادة •

(٢) المنتقى ، للباجى ، شرح موطأ مالك ، جـ ٥ ، ص ١٨٣ •

الأمر الثاني : أن الله تبارك وتعالى أمرنا فقال : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل** ﴾ (١) والعبد داخل فى هذا الأمر ، كسائر أفراد الأمة ، لأن هذه الأوامر تعم كل رجل وامرأة ، وحر وعبد ، ولا يصح التفريق فى الأحكام بين الرجال والنساء ، والأحرار والعبيد إلا إذا جاء نص يفيد هذا التفريق فى الحكم .

الأمر الثالث : ما روى عن عبد الله بن الصامت عن أبى ذر أنه انتهى إلى الربذة وقد أقيمت الصلاة ، فإذا عبد يؤمهم فقيل له : هذا أبو ذر فذهب يتأخر ، فقال أبو ذر : أوصانى خليلى يعنى رسول الله ﷺ أن أسمع وأطيع وإن كان عبدا مجدع الأطراف .

قال ابن حزم بعد أن ذكر هذا الأثر : " فهذا معنى جلى على ولاية العهد "

الدليل الثالث : ما روى عن سويد بن غفلة قال : قال لى عمر بن الخطاب : أطع الإمام وإن كان عبدا مجدعا ، قال ابن حزم : فهذا عمر لا يعرف له من الصحابة مخالف (٢).

واستند الزيدية فى رأيهم بجواز كون القاضى عبدا إلى أن العبد يصح شهادته فيصح حكمه كالحر (٣).

... كان عبدا ثم أصبح حرا ، فجمهور العلماء يرون صلاحيته لتولى منصب القضاء ، ويرى سحنون أحد علماء المالكية أن العتيق لا يصلح لتولى القضاء ، خوفا من أن تستحق رقبته ، فتذهب أحكام الناس باطلا ، أى فترد الأحكام التى حكم بها (٤).

---

(١) سورة النساء ، الآية رقم ٥٨ .

(٢) المحلى ، لابن حزم ، جـ ١٠ ، ص ٦٣٢ .

(٣) البحر الزخار ، لأحمد بن يحيى بن المرتضى ، جـ ٦ ، ص ١١٩ ، الناشر دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة .

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ، بهامش فتح العلى المالك ، لمحمد عليش ، جـ ١ ، ص ٢٤ ومواهب الجليل فى مختصر خليل ، للحطاب ، جـ ١ ، ص ٨٧ .

الشرط الخامس : الذكورة :

هذا الشرط محل اختلاف بين علمائنا رضى الله تعالى عنهم وهو من الشروط التى أخذت حيزا كبيرا من الاختلاف الفقهى قديما وحديثا ، فجمهورهم ــ وفيهم جمهور المالكية وكذلك فيهم الشافعية ، والحنابلة ، وزفر من الحنفية والشيعة الإمامية [١] ، والشيعة الزيدية [٢] ، والإباضية [٣] ــ يرون : أنه لا يجوز تولية المرأة القضاء فى أى نوع من أنواع القضايا ، سواء أكانت فى قضايا الأموال أم فى قضايا القصاص ، والحدود ، أم في غير ذلك ، ولو وليت المرأة القضاء كان من ولاها آثما ، ولا ينفذ حكمها حتى لو كان موافقا للحق ، وكان فى الأمور التى تقبل فيها شهادتها [٤].

ونرى : أن من المستحسن هنا أن نوضح أن فقهاء الحنفية أيضا مع الجمهور فى القول بعدم جواز أن تتولى المرأة القضاء ، لكن بعض الكاتبين فى الفقه الإسلامى ينسبون إلى الحنفية أنهم يرون جواز أن تتولى

---

(١) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ، للحلى جعفر بن الحسن ، جـ ٤ ، ص ٦٧ منشورات دار الأضواء ، بيروت ، ووسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة ، لمحمد بن الحسن الحر العاملى ، جـ ١٨ ، ص ٦ ، دار إحياء التراث العربى ببيروت وكفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ، لأبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى ، جـ٢ ص ٢٥٧ .

(٢) البحر الزخار ، الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، لأحمد بن يحيى بن المرتضى ، جـ ٦ ص ١١٨ ، دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة .

(٣) شرح النيل وشفاء العليل ، جـ ١٣ ، ص ٢٣ .

(٤) تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٢٣ ، ٢٤ ، والأحكام السلطانية للماوردى ص ٧٢ ، والمقنع جـ ٢ ، ص ٦٠٩ ، والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود مودود ، جـ٢ ، ص ٨٤ ، والمنتقى ، شرح موطأ الإمام مالك ، لسليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى ، جـ ٥ ، ص ١٨٢ ، مطبعة السعادة ١٣٣٢ هـ .

المرأة القضاء في الأمور التي يصح لها أن تشهد فيها ، وهي ما عدا مسائل الحدود ، والقصاص [1].

والواقع أن حقيقة مذهب الحنفية غير ذلك [2] ، لأن الحنفية كما قلنا يتفقون مع جمهور العلماء في القول بعدم جواز أن تتولى المرأة القضاء ، لكنهم زادوا على ذلك أن قالوا : إذا وليت المرأة القضاء مع الكراهة [3]

---

(١) الحدود هي : العقوبات المقدرة التي وجبت حقا لله تعالى ، مثل عقوبة الزنا ، وعقوبة السرقة ، وعقوبة شرب الخمر ، فأما القصاص فهو عقوبة مقدرة حقا للآدمي ، فإذا قتل إنسان إنسانا عمدا عدوانا كانت العقوبة القصاص وهي قتل القاتل .

(٢) من الكاتبين الذين نسبوا إلى الحنفية أنهم يرون جواز أن تتولى المرأة القضاء فيما تصح فيها شهادتها ، الدكتور / منير العجلاني في كتابه عبقرية الإسلام ، في أصول الحكم ، ص ٣٥٣ ، والدكتور / محمد فاروق النبهان في كتابه نظام الحكم في الإسلام ، ص٦٢٥ ، والدكتور / محمد مصطفى الزحيلي في كتابه التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، ص ٥٨ ، وهذا مخالف لحقيقة مذهب الحنفية كما سنبين ذلك .

(٣) فقهاء الحنفية يرون أن المكروه ينقسم إلى قسمين : أحدهما : المكروه تحريما والثاني : المكروه تنزيها ، ويبينون أن مرادهم بالمكروه تحريما هو : ما طلب الشارع الكف عن فعله حتميا ملزما بدليل ظني كخبر الواحد ، والقياس ، وذلك كبيع الإنسان على بيع أخيه وخطبته على خطبة أخيه ، فإنه ثبت أن ذلك منهي عنه في حديث آحادي عن رسول الله ﷺ وهو قوله : " المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل له أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر " رواه أحمد ومسلم .

ومثل ذلك أيضا لبس الرجال الحرير والتختم بالذهب ، فإن ذلك عند الحنفية مكروه تحريما ، لأن طلب الكف عنهما كان طلبا حتميا لكنه بدليل ظني ، هو حديث آحاد ، وهو قوله ﷺ : " هذان حرام على رجال أمتي حلال لنسائهم " مشيرا إلى الذهب والحرير .

وأما المكروه تنزيها فهو : ما طلب الشارع الكف عن فعله طلبا غير حتمي . والفرق عند الحنفية بين الحرام والمكروه تحريما ، أن الحرام هو ما طلب الشارع الكف عن فعله طلبا حتميا ملزما بدليل قطعي ، كالقرآن الكريم ، كالزنا والقتل ، وشرب الخمر . وأما المكروه تحريما فهو مع اشتراكه مع الحرام في أن كلا منهما طلب الشارع الكف عن فعله طلبا حتميا ملزما فإنه يختلف عنه في أن الدليل في الحرام دليل قطعي = =

التحريمية ، وأثم من ولاها فحكمت فى الأمور التى تصح فيها شهادتها — وهى ما عدا مسائل الحدود والدماء — فإنه ينفذ حكمها إذا وافق كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، وأما إذا حكمت فى الحدود والقصاص فلا ينفذ قضاؤها ، حتى لو كان موافقا لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، وهذا ما صرح به فقهاء الحنفية أنفسهم فهو ما قرره الغزى فى تنوير الأبصار ، قال الغزى : " والمرأة تقضى فى غير حد وقود (أى قصاص) وإن أثم موليها " [1] ، وهو أيضا ما قاله صاحب مجمع الأنهر ، قال : " ويجوز قضاء المرأة فى جميع الحقوق لكونها من أهل الشهادة ، لكن أثم المولى لها للحديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " فى غير حد وقود ، إذ لا يجرى فيهما شهادتها ، وكذا قضاؤها فى ظاهر الرواية [2] وواضح أن قوله : " ويجوز " يريد به الصحة لا إباحة التولية • وأيضا ما قرره

=كالقرآن والسنة المتواترة ، وأما الدليل فى المكروه تحريما فيو دليل ظنى كخبر الواحد ، والقياس •

وجمهور العلماء غير الحنفية لا يقسمون المكروه هذا التقسيم ، فعندهم المكروه قسم واحد هو : ما طلب الشارع من المكلف الكف عنه من غير تحتيم •

والحنفية يرون أن تولية المرأة القضاء من قبيل المكروه تحريما لثبوت الدليل فى ذلك فى حديث آحادى هو قول رسول الله ﷺ " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " •

وفاعل المكروه تحريما يستحق العقاب عند الحنفية كفاعل الحرام ، والفرق أن منكر الحرام يكفر لأن دليله قطعى ، ومنكر المكروه تحريما لا يكفر ، لاتفاق العلماء على أن منكر ما كان دليله ظنيا لا يكفر •

أصول الفقه الإسلامى للدكتور / بدران أبو العينين ، ص ٢٧٣ ، وأصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكريا البرى ، ص ٢٧٣ ، دار إحياء التراث العربى •

(١) حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) ، جـ ٥ ، ص ٤٤٠ ، الطبعة الثانية • مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، ١٩٦٦ •

(٢) مجمع الأنهر ، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد افندى فى شرح ملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبى ، جـ ٢ ، ص ١٦٨ •

الكمال بن الهمام فى سياق رده على استدلال الجماهير علـــى عـــدم نفـــاذ حكمها ولو وليت قال : " والجواب : أن غاية ما يفيد منـــع أن تســـتقضى وعدم حله ، والكلام فيما لو وليت ، وأثم المقلد بذلك ، أو حكمها خصمان، فقضت قضاء موافقا لدين الله ، أكان ينفذ أم لا ؟ لم ينتهض الدليـــل علـــى نفيه بعد موافقته ما أنزل الله ، إلا أن يثبت شرعا سلب لأهليتها [١] ، وليس فى الشرع سوى نقصان عقلها [٢] . ومعلوم أنه لم يصل إلى حـــد ســـلب ولايتها بالكلية ، ألا ترى أنها تصلح شاهدة [٣] ، وناظرة فـــى الأوقـــاف ، ووصية على اليتامى ، وذلك النقصان بالنسبة والإضافة ، ثم هو منســـوب إلى الجنس ، فجاز فى الفرد خلافه ، ألا ترى إلـــى تصريحـــهم يصـــدق قولنا : الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا مـــن بعض أفراد الرجال ، ولذلك النقص الغريزى نسب ﷺ لمن يوليهن عـــدم الفلاح [٤] ، فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحـــال ، لكـــن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق ، لماذا يبطل ذلك الحق ؟ " [٥].

---

(١) فليست هى كالمجنون مثلا مسلوب الولاية بالكلية .

(٢) فى الحديث الشريف ما رواه البخارى أن رسول الله ﷺ قال مخاطباً النساء : " ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن ، البخـــارى ، جـــ ١ ، ص٢١١ ، ونقصان العقل أى قوة الذاكرة عندها أقل من الرجل عموما ، يوضح هـــذا قول الله تبارك وتعالى : ﴿ أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخـــرى ﴾ وذلـــك لأن طبيعة المرأة وما يعتريها من مرض شهرى وحمل وولادة يؤثر فى قوة التذكر فى كثير من الأحيان .

(٣) والشهادة نوع من الولاية ، لأن الولاية معناها ، إنفاذ القول على الغير شـــاء أم أبـــى ، والقضاء بواسطة الشهادة يحكم على المشهود عليه شاء أم أبى . وكذلك على القـــاضى بشهادة الشاهد ما دامت شروط الشاهد متوافرة فيه .

(٤) يشير الكمال بن الهمام هنا إلى حديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " .

(٥) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٧ ، ص ٢٩٨ ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٧ م .

ولعل السبب فى الخطأ الذى يقع فيه بعض الحاكين لمذهب الحنفية من الكاتبين المحدثين أن بعض المصادر القديمة فى كتب الحنفية أنفسهم ، وفى كتب غيرهم ، يفهم من ظاهر عباراتها أن المرأة يجوز توليتها القضاء فى غير قضايا الحدود ، والدماء ، فمثلا يقول الكاسانى أحد كبار فقهاء الحنفية المشتهرين فى كتابه : " بدائع الصنائع " [1] : " وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد فى الجملة ، لأن المرأة من أهل الشهادات فى الجملة ، إلا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص ، لأنه لا شهادة لها فى ذلك ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة " .

ولعل مراد الكاسانى من عبارة : " **وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد فى الجملة** " ، أن الذكورة ليست شرط صحة فى كل ما يتصل بمسألة قضاء المرأة ، إذ إنها لا تشترط فى صحة حكمها فى الأمور التى يجوز لها أن تشهد فيها ، وهى عند الحنفية وجمهور العلماء ما عدا القصاص والحدود ، فالمرأة إذا حكمت فيما يصح لها أن تشهد فيه كان حكمها صحيحا عند الحنفية ، مع إثم من ولاها منصب القضاء والإثم مرتبط بالتحريم .

ونظير هذا التعبير فى كلام العلماء ، وهو تعبير " فى الجملة " ما قاله العلماء عند بحث مسألة تصرفات الصبى المميز [2] ، قال العلماء إن تصرفات الصبى المميز جائزة فى الجملة يريدون بذلك أنها تجوز فى بعض الأحيان ، وذلك لأن تصرفات الصبى المميز تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

الأول : أن تكون تصرفات نافعة نفعا محضا للصبى ، وهذه جائزة ولو خالف ولى الصبى كالاصطياد ، وقبول الهدية ، وقبول الوصية ، لأن ذلك نفع تام للصبى .

---

(١) الجزء السابع ، ص ٣ ، دار الكتاب العربى ــ بيروت .

(٢) الصبى المميز هو : من يفهم الخطاب ، ويتصرف بناء على هذا الفهم تصرفا مقبولا وغالبا ما يكون ذلك فى سن السابعة .

الثانى : أن تكون تصرفات ضارة ضررا محضا بالصبى ، وهذه غير جائزة ولو أجازها الولى ، كالطلاق ، وأن يهب هو لغيره شيئا ماليا ، أو يتصدق بشئ أو يقرض غيره ، أو يكفل مدينا لغيره ، فهذه التصرفات وأمثالها لا تنفذ ولو أجازها وليه ، لأنها تصرفات تؤدى إلى إلحاق الضرر المحض بالصبى •

الثالث : أن تكون تصرفات مترددة بين النفع والضرر ، وهى كل تصرف يحتمل أن يحقق نفعا للصبى ويحتمل فى نفس الوقت أن يؤدى إلى خسارته ، فهذه تكون صحيحة لكنها متوقفة على إجازة الولى ، وذلك كالبيع والشراء ، والإجارة ، والزواج والمزارعة ، والمساقاة ، وسائر الشركات وما ماثل ذلك •

فإذا قال العلماء إن تصرفات الصبى المميز جائزة فى الجملة فإنهم يريدون أنها فى بعض الحالات تكون جائزة ، فلعل مراد الكاسانى ــ كما قلنا ــ من عبارة : " **وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد فى الجملة** " ، أن الذكورة ليست شرطا فى كل ما يتصل بمسألة قضاء المرأة، لأنها لا تشترط فى صحة حكمها فى الأمور التى يجوز لها أن تشهد فيها •

لكن العبارة بهذا الشكل من الكاسانى توهم بحسب فهم ظاهرها أن المرأة يجوز توليتها القضاء فى غير قضايا الحدود ، والدماء ، وخاصة وأن الكاسانى يقول : " فليست من شرط جواز التقليد " ولو قال : فليست من شرط قضاء المرأة فى الجملة ، لكانت أقرب إلى ما يراه الحنفية ، ولعله يريد أن يقول : لو كانت شرطا مطلقاً ــ وليس فى الجملة ــ لما صح عند الحنفية تنفيذ حكمها فى غير الحدود والقصاص ، لأنها حينئذ فقدت شرطا مطلقاً كسائر الشروط الأخرى ، ولنواصل القراءة فى كتب الحنفية لنجد أن بعض عباراتهم يوهم ظاهرها جواز تقليد المرأة القضاء فى كل شئ إلا فى الحدود والقصاص •

يقول المرغينانى : " ويجوز قضاء المرأة فى كل شئ إلا فى الحدود والقصاص " [1] ، ولابد أن تفهم عبارة المرغينانى على أنه يريد : ويجوز

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدئ • كلاهما للمرغينانى مع شرح فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٩٧ •

حكم المرأة لا توليتها القضاء ، حتى يتفق مع ما صرح به فقهاء آخرون من الحنفية ومع أن المرغيناني عبر بقوله : " ويجوز قضاء المرأة " إلى آخره ، ولم يعبر بالقول مثلا : ويجوز تقليد المرأة القضاء ، أو يجوز تولية المرأة القضاء ، ومع أن تعبيره هذا يتفق فى الواقع وما يراه الحنفية من عدم جواز تقليد المرأة القضاء لكن إذا وليت القضاء فإنه يصح قضاؤها – أى حكمها – فيما عدا القصاص والحدود مع إثم من ولاها .

نقول : مع أن المرغيناني عبر بهذا فإن عبارته فى ظاهرها توهم أن الحنفية يرون جواز توليتها القضاء فيما عدا الحدود والقصاص ، ولا شك أن التعبير بالعبارة التى لا توهم أولى من التعبير بالعبارة الموهمة التى تحتاج إلى التدقيق والبحث عن المراد .

ويقول الكمال بن الهمام فى شرح فتح القدير [1] : " وأما الذكورة فليست بشرط إلا للقضاء فى الحدود والدماء ، فتقضى المرأة فى كل شئ إلا فيهما " ، والكمال بن الهمام يريد بهذه العبارة أن الذكورة ليست شرطا فى صحة الحكم إلا فى الحكم فى قضايا الحدود والدماء ، فالمراد بكلمة : " للقضاء " فى كلامه هو الحكم وليس مراد ابن الهمام أن الذكورة ليست شرطا فى تولية القضاء إلا فى الحدود والدماء وقد صرح هو نفسه بهذا المراد عندما كان يناقش استدلال القائلين بعدم نفاذ حكم المرأة لو وليت ولو فى غير الحدود والدماء . فقد قال هناك كما ذكرنا قريبا : " والجواب : أن غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حله ، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد (يعنى من ولاها) بذلك ، أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله ، أكان ينفذ أم لا ؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله " . إلى آخر ما قاله الكمال [2].

---

(١) شرح فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، جـ ٧ ، ص ٢٥٣ دار الفكر .

(٢) شرح فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، جـ ٧ ، ص ٢٩٨ .

لكن عبارة ابن الهمام موهمة أن الحنفية يجيزون تولى المرأة القضاء فى غير الحدود والقصاص كعبارة المرغيناني ، وإن كان ابن الهمام فى الحقيقة يريد بالقضاء الحكم وليس التولية • كما صرح هو نفسه عند كلامه فى مناقشة أدلة الجمهور وهو قوله : " والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك " •

وإذا انتقلنا إلى مصادر أخرى لغير الحنفية ، نجد الماوردى مثلا أحد أشهر فقهاء الشافعية ، يقول فى كتابه : الأحكام السلطانية [1] : " وقال أبو حنيفة : يجوز أن تقضى المرأة فيما تصح فيه شهادتها ، ولا يجوز أن تقضى فيما لا تصح فيه شهادتها " • وملاحظتنا على هذه العبارة كملاحظتنا السابقة على عبارة المرغيناني والكمال بن الهمام حتى مع كون الماوردى ـ بغالب الظن ـ يريد بقوله : " تقضى " الحكم وليس التولية ، فمعنى قوله : وقال أبو حنيفة : يجوز أن تقضى ، هو وقال أبو حنيفة : يجوز أن تحكم •

ونجد الحافظ ابن حجر العسقلانى يقول فى كتابه الموسوعى : فتح البارى : " واتفقوا على اشتراط الذكورة فى القاضى ، إلا عند الحنفية ، واستثنوا الحدود " ، مع أن الحنفية لم يستثنوا الحدود فقط ، بل استثنوا الحدود والقصاص ، إلا إذا كان يريد بالحدود ما يشمل القصاص بنوع من التجوز " •

ونجد أن ابن رشد ـ الحفيد ـ فى كتابه : " بداية المجتهد يقول : "وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة ، فقال الجمهور : هى شرط فى صحة الحكم [2] ، وقال أبو حنيفة : " يجوز أن تكون المرأة قاضية فى الأموال " •

---

(1) الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٧٢ ، دار التوفيقية •

(2) وما دامت الذكورة شرط فى صحة الحكم فلا يتصور إلا أن تكون شرطا فى صحة التولية •

ولا نسلم عبارة ابن رشد من الملاحظة التى كررناها على العبارات السابقة إلا إذا كان مراد ابن رشد من قوله : " وهى شرط فى صحة الحكم " هى شرط فى صحة ما قضت به وليس المراد التولية ، وإن كان يمكن أن يعتذر عن ابن رشد بأن تعبيره بقوله : " هى شرط فى صحة الحكم يعنى بالحكم القضاء وليس التولية نفسها ، وإذا كان يشترط الذكورة فى الحكم فهذا يستلزم اشتراطها فى التولية ، لكن مع هذا فالعبارة موهمة بأن الحنفية يرون جواز التولية للمرأة منصب القضاء فى الأموال . [١]

ومن الملاحظ أيضا على ابن رشد أنه أخطا فى حكاية مذهب الحنفية على أنهم يقصرون جواز قضائها على الأموال ، مع أنهم يقولون بصحة قضائها مع إثم من ولاها فى كل ما عدا الحدود والقصاص ، فليس صحة قضائها فيما لو وليت مع الإثم مقصورا على الأموال [٢].

وأوضح فى التصريح بأن أبا حنيفة يرى جواز تولية المرأة منصب القضاء قول الباجى صاحب كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك : " وقال أبو حنيفة يجوز أن تلى المرأة القضاء فى الأموال دون القصاص " [٣].

ونجد الصنعانى يقول فى كتابه سبل السلام [٤] : " وذهب الحنفية إلى جواز توليتها الأحكام إلا فى الحدود " . وهذه العبارة من الصنعانى ظاهرة وواضحة فى أن الذكورة ليست شرطا عند الحنفية فى توليتها منصب القضاء ، وهذا خطأ ، لأن الحنفية لا يقولون بجواز توليتها القضاء لا فى

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد ، جـ ٢ ، ص ٥٦٤ .

(٢) نظام القضاء فى الإسلام ، لأستاذنا الدكتور / إبراهيم عبد الحميد ص ٢٨ مكتوب بالآلة الكاتبة .

(٣) المنتقى شرح موطأ مالك ، لسليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجى "المتوفى سنة ٤٩٤ هـ ، جـ ٥ ، ص ١٨٢ ، مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ١٣٢٢ هـ .

(٤) الجزء الرابع ، ص ١٢٣ .

الحدود ولا فى غيرها ، ويقول ابن حزم فى كتابه " المحلى "[1] : " وجائز أن تلى المرأة الحكم[2] ، وهو قول أبى حنيفة " وهذا خطأ أيضا من ابن حزم فى حكاية مذهب أبى حنيفة ،

فهذه العبارات وأمثالها توهم أن الحنفية يرون جواز تولية المرأة القضاء فى الأمور التى يصح لها أن تشهد فيها ، لكننا وجدنا الغزى والكمال بن الهمام – كما بينا – يوضحان مذهب الحنفية على الصورة التى بيناها ،

ويمكن أن يقال إن بعض الحنفية متهمون ببعض التقصير فى توضيح مذهبهم ، فكان عليهم أن يعبروا فى كتبهم بعبارات واضحة فى الدلالة على المذهب ، لا توهم هذا المعنى الذى توهمه غير الحنفية[3].

ومع أنه من الممكن أن يقال إن الغزى وابن الهمام وغيرهما من فقهاء الحنفية الذين بينوا أنه لا يجوز تولية المرأة القضاء مخالفون لمذهب الحنفية وهو – كما نقله بعض العلماء – جواز توليتها فى الأمور التى يصح لها أن تشهد فيها ، وهى ما عدا القصاص والحدود ، وعلى هذا يكون الرأى الذى أبداه ابن الهمام والغزى وصاحب مجمع الأنهر وغيرهم رأيا خاصا بأصحابه وليس هو المذهب الفقهى لإمام المذهب أو لأئمته الكبار الأول ، نقول مع أنه من الممكن أن يقال هذا لكن الرد عليه أن من

---

(١) المحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٤٢٩ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ،

(٢) أن تلى المرأة الحكم : يعنى : تلى المرأة القضاء ، ولا يقصد ابن حزم بالحكم رياسة الدولة ورأى ابن حزم فى القول بجواز أن تتولى المرأة القضاء متفق مع مذهب الظاهرية فى الأخذ بظاهر النصوص إذ أن حديث لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ورد فى رياسة الدولة ، لأن الرسول قاله عندما بلغه أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى بعد وفاته " ،

(٣) نظام القضاء فى الإسلام ، لأستاذنا الدكتور إبراهيم عبد الحميد ص ٢٨ ،

المعهود إذا خالف بعض فقهاء مذهب معين قولا لإمام المذهب أن يذكر قول الإمام ثم يبين أنه يرى رأيا آخر غير ما يراه الإمام ، وذلك معروف فى كتب الحنفية أنفسهم ، فكثيرا ما نجدهم يقولون قال أبو حنيفة كذا ، وقال الصاحبان كذا ، فلما لم يبين داماد افندى صاحب مجمع الأنهر والكمال بن الهمام صاحب شرح فتح القدير والغزى صاحب تنوير الأبصار أن هذا رأى مستقل عن المذهب الفقهى للأئمة السابقين فى المذهب الحنفى ، غلب على ظننا أن ما بينه هؤلاء هو حقيقة مذهب الحنفية " ٠

<u>مدى توافق رأى الحنفية فى قضاء المرأة مع رأيهم فى أثر النهى :</u>

النواهى التى وردت فى نصوص الشريعة فى كتاب الله الكريم ، أو على لسان رسول الله ﷺ تدل على تحريم الفعل المنهى عنه على رأى جمهور العلماء ، إلا إذا وجدت قرينة تدل على صرف النهى عن تحريم الفعل إلى كراهته ، وعلى هذا إذا فعل الإنسان ما نهى الشرع عنه يكون آثما ، ويستحق العقوبة فى الآخرة ٠

وليس الأثر الأخروى لمخالفة النهى هو الأثر الوحيد ، وإنما قد يوجد أثر دنيوى أيضاً فى الفعل المنهى عنه إذا كان من العبادات أو المعاملات [١].

فما هو هذا الأثر عند الحنفية ؟ وهل رأيهم فى أثر النهى فى الفعل المنهى عنه يتفق مع رأيهم فى تولية المرأة القضاء ؟

نرى ــ كما يرى بعض الباحثين [٢] ــ أن مذهب الحنفية فى تولية المرأة القضاء لا يتفق مع موقفهم فى الأصول بين النهى ومقتضاه ٠

ولكى يفهم مذهب الحنفية فى هذه المسألة ، يحسن أن نبين أن العلماء قسموا الأفعال التى نهى الشرع عنها إلى قسمين :

---

(١) أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٣٢٧ ، طبعة ١٩٦٨ ٠

(٢) أستاذنا الدكتور [illegible]ـم عبد الحميد ، نظام القضاء فى الإسلام ص ٢٩ ، ٣٠ ٠

القسم الأول : الشرعيات ، ويراد بها ما طلبه الشرع لحكمة كالصلاة والصوم والإجارة .

القسم الثاني : الحسيات وهي ما ليست كذلك ، كالزنا ، والقتل ، وشرب الخمر [1].

أما الحسيات فإن الحنفية والشافعية يتفقون على أن النهى عنها يقتضى الفساد إذا كان النهى قد أتى مطلقا ، أو دل الدليل على ان النهى لذات الشئ المنهى عنه ، كالظلم، فإذا استولى أحد ـ ظلما ـ على شئ مملوك لغيره فلا تثبت له الملكية بهذا الاستيلاء الظالم ، أو دل الدليل على النهى لوصف لازم للشئ المنهى عنه ، كالزنا ، فإنه لا يثبت به النسب .

ويلاحظ هنا في هذا القسم أن الفساد والبطلان سواء [2].

---

(١) أو كما بينها صاحب التوضيح لمتن التنقيح : المراد بالحسيات ما لها وجود حسى فقط ، كالزنا وشرب الخمر ، والمراد بالشرعيات ما لها وجود شرعي مع الوجود الحسى ، كالبيع فإن له وجودا حسيا ، لأن الإيجاب والقبول اللذين هما ركن العقد موجودان حسا ومع هذا الوجود الحسى له وجوّد شرعى ، لأن الشرع يحكم بأن الإيجاب والقبول الموجودين في الحس يرتبطان ارتباطا حكميا ، فيحصل معنى شرعى ، يكون ملك المشترى أثرا له ، فذلك المعنى هو البيع ، حتى إذا وجدت السيغة أى الإيجاب والقبول في غير المحل لا يعتبره الشارع بيعا ، وإذا وجد الوجود الشرعى . انظر : التلويح في كشف حقائق التنقيح ، لسعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني الشافعي المذهب ، شرح تنقيح الأصول للقاضي عبد الله بن مسعود الحنفى المذهب الملقب بصدر الشريعة جـ١ ص ٢١٥ . دار العهد الجديد للطباعة بمصر .

(٢) العلماء متفقون على أن الفساد والبطلان فى العبادات بمعنى واحد ، وهو أن تكون العبادة قد وقعت مخالفة لأمر الشارع ، سواء أكانت المخالفة بسبب ترك ركن من أركانها كترك الركوع أو السجود في الصلاة ، أو بسبب ترك شرط من شروطها كالصلاة بدون وضوء أو بملابس غير طاهرة .

وإنما الخلاف بين العلماء في الفساد والبطلان في المعاملات كالبيع ، والإجارة والرهن وغير ذلك ، فجمهور العلماء يرون أن الفساد والبلاطن بمعنى واحد في ==

وأما الشرعيات فمذهب الشافعية كمذهبهم فى جانب الحسيات ، أى أن النهى يقتضى فساد الشئ المنهى عنه •

أما الحنفية فلهم موقف آخر يفرقون فيه بين الباطل والفاسد . على الصور الآتية :

أولا : إذا دل الدليل على أن النهى عن العمل كان لفقد أحد الشروط أو الأركان ، أى أن النهى لأصل العمل المنهى عنه وذاته وحقيقته — لأن المشروع بأصله هو الذى استوفى الشروط والأركان — فإن النهى حينئذ يقتضى البطلان ، بمعنى عدم ترتب أى أثر للعمل المنهى عنه ، وفى هذه الحالة يقال إن العمل المنهى عنه لم يشرع بأصله ولا بوصفه ، ومثال ذلك : النهى عن الصلاة بدون وضوء ، أو بدون تكبيرة الإحرام ، والنهى عن بيع الملاقيح (أى الأجنة فى بطون أمهاتها) لعدم وجود أحد أركان البيع وهو المبيع لأن من الجائز أن يكون انتفاخا فى بطن أنثى الحيوان ، وبيع الحيوان أو ثوب غائب، لم يبين البائع صفته ، فهو فى هذه الحالة فقد شرطا من شروط البيع ، وبيع الخمر أو الخنزير •

ثانيا : إذا دل الدليل على أن النهى عن العمل لوصف لازم للمنهى عنه دون أصله ، فإن النهى حينئذ لا يقتضى البطلان ، بمعنى عدم ترتيب

=المعاملات كالعبادات سواء بسواء ، والحنفية يفرقون بينهما فى المعاملات ، فالبطلان عندهم : مخالفة التصرف لأمر الشارع فى ركن من أركانه أو أمر من الصور الأساسية التى تقوم عليها هذه الأركان ، ويرى الحنفية أنه لا يترتب على التصرف الباطل أى أثر من الآثار •

وأما الفساد عند الحنفية : فهو موافقة التصرف لأمر الشارع فى أركانه والأمور الأساسية التى تقوم عليها تلك الأركان وحصول خلل فى شرط من الشروط الزائدة على ذلك كالبيع بثمن مجهول ، أو المقترن بشرط فاسد ، والزواج بدون شهود • أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكى الدين شعبان ص ٢٥٨ •

الأثر ، بل يترتب على المنهى عنه أثره لصحة الأصل ، وإنما النهى هنـــا يقتضى الحرمة مطلقا ، ويقتضى الفساد بمعنى مطلوبيـــة التفاسـخ فـــى المعاملات لفساد الوصف ، ويقال حينئذ : إن المنهى عنه مشروع بأصله ، لا بوصفه .

مثال ذلك الصوم فى الأيام المنهى عنها ، وهى العيدان وأيام التشريق الثلاثة [1] فالنهى عن الصوم فى هذه الأيام ليس لذات الصوم ، لأن الصوم من العبادات ، فلا يكون النهى عنه لذاته ، وإنما النهى عن الصوم فى هذه الأيام ، لأن الصوم يكون إعراضا عن ضيافة الله تعالى ، فالناس يعتبرون كما قال العلماء ــ فى هذه الأيام ضيوفا على الله عز وجل ، فلا يجوز لهم أن يصوموا .

فتجزئ العبادة مع الإثم على كل حال والتعامل بربا الفضـــل ، كبيـــع دينار بدينار وربع فالنهى هنا ليس لذات البيع ، بـــل لوجـــود الزيـــادة ، والزيادة ليست هى عقد البيع ولا جزءا له كالوصف اللازم ، فيثبت الملـــك ويطلب فسخ البيع .

ثالثا : إذا دل الدليل على أن النهى عن العمل لوصف مقـــارن لـــه ، ينفك عنه غير لازم له ، فهذا النهى لا يقتضى بطلانـــا ولا فســـادا ، لأن المنهى عنه شئ آخر فى الحقيقة ، هو هذا الوصف المقارن ، وغاية مـــا يقتضيه كراهة التحريم .

مثال ذلك النهى عن الصلاة فى الأرض المغصوبة ، فالنهى هنـــا لأن المصلى شغل ملك الغير بغير حق ، وهو أمر مقارن غير لازم ، وكذلـــك

---

(1) روى البخارى ومسلم عن أبى سعيد الخدرى ﷺ أن رسول الله ﷺ نهى عن صـــوم يومين : يوم الفطر ويوم النحر ، وروى مسلم أن رسول الله ﷺ قال : " أيام التشـريق أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل " وأيام التشريق ثلاثة أيام بعد يوم الأضحى ، سبل السلام للصنعانى جـ ٢ ، ص ١٦٩ .

النهى عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، لأن الله تبارك وتعالى قـال : **﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكـر الله وذروا البيع ﴾** (١).

فالنهى عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ليس راجعا إلى ذات البيـع ولا إلى صفة من صفاته ، بل يرجع إلى أمر خارج عـن البيـع ، وهـو الاشتغال بالبيع عن أداء الواجب وهو صلاة الجمعة ۰

وكذلك النهى عن إتيان الزوجة أثناء الدورة الشهرية فى قولـه عـز وجل : **﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فـاعتزلوا النسـاء فـى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾** (٢).

فالنهى هنا ليس لذات الوطء ، لأن وطء الزوجة حلال ، وإنما النـهى بسبب ما يجاوره من الأذى ، فإذا حدث الوطء من الزوج حال الحيض فإنه يكون آثما ، لأنه ارتكب شيئا محرما ، لكن هذا لا يمنع أن تترتب علـى الوطء جميع أحكام الوطء المشروعة ، من ثبوت النسب ، وحلها لزوجـها الأول الذى طلقها ثلاث طلقات ، وتكميل المهر لأنها أصبحـت مدخـولا بها ، وثبوت حرمة المصاهرة والعدة ، ونحو ذلك ۰

وبهذا نكون بينا مذهب الحنفية في النـهى (٣) ومقتضـاه ، والسـؤال الآن : النهى عن ولاية المرأة القضاء من أى قبيل ؟ ۰

واضح أن ولاية القضاء مطلب شرعى ، فإذا ورد نهى مـن الشـرع عن تولية المرأة القضاء وهو الذى استفاده جمهور العلماء من حديث : "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ــ كما سنبين بعد ذلك ــ فإن ذلك يكون مـن قبيل النهى عن الشرعيات لا الحسيات ، وعلى هذا فلا يصح تشبيهه بوطء الزوجة أثناء الدورة الشهرية ، لأن النهى عن تولية المرأة القضاء لوصف فى المرأة لازم غير منفك عنها ، هذا الوصف هو نقصان عقلـها ودينـها

---

(١) سورة الجمعة ، الآية رقم ٩ ۰
(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٢٢ ۰
(٣) نظام القضاء فى الإسلام ، للدكتور / إبراهيم عبد الحميد مكتوب بالآلة الكاتبة ص ٢٩ ، ٣٠ وأثر الاختلاف فى القواعد الأصولية فى اختلاف الفقهاء ، للدكتور سـعيد الخـن ص٣٤٥ ، مؤسسة الرسالة ــ بيروت ۰

اللازم لأنوثتها ،ويضاف إلى ذلك أن يكون من علته أو يكون من اعراضه عاطفية المرأة وضعف جسمها بالنسبة إلى الرجل بسبب ما يحدث لها على مر الشهور والسنين من حيض وحمل وولادة ونفاس ، ورضاعة .

وتولية المرأة القضاء عقد ، فنظيره الذى يتبادر إلى الذهن هو البيع بربا الفضل ، كبيع دينار بدينار وربع ، وهذا البيع إذا حدث يكون صحيحا عند الحنفية مع حرمته ويجب على المتعاقدين فسخ هذا العقد فكان على الحنفية ــ مراعاة لقواعدهم الأصولية ــ أن يقولوا بمثل هذا الحكم فى تولية المرأة القضاء فى غير الحدود والقصاص ، لكنهم لم يفعلوا فلم يوجبوا عزل المرأة إذا تولت القضاء فى غير الحدود والقصاص ، واقتصروا على القول بإثم من ولاها مع صحة هذه التولية .

فيكون الحنفية بذلك قد اعتبروا النهى عن توليتها القضاء من قبيل النهى عن الشئ لوصف مقارن له من الممكن أن ينفك عنه لأنه غير لازم له ، وهو لا يقتضى بطلانا ولا فسادا عندهم كما سبق بيانه .

وهذا أشبه بالتحكم ، ومقتضاه أن يكون الإثم الذى يلحق بمن ولّى المرأة القضاء ناشئا من كراهة التحريم لا من التحريم نفسه [1]، بناء على أصل الحنفية فى التفرقة بين الحرام عندهم وهو الشئ الذى ثبت النهى عنه نهيا لازما بدليل قطعى كالقرآن والحديث المتواتر ، وبين المكروه تحريما، وهو الذى ثبت النهى عنه نهياً لازماً بدليل ظنى كحديث الآحاد ، وذلك لأن الدليل الذى فهم منه الجمهور ــ وفيهم الحنفية ــ النهى عن تولى المرأة القضاء ، وهو حديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " دليل ظنى ، لأنه حديث آحاد .

ويرى بعض الباحثين المعاصرين أن غير الحنفية قد أخطأوا فى فهم عبارات الحنفية ، لأنه إذ قال المرغينانى : " ويجوز قضاء المرأة فى كل شئ إلا فى الحدود والقصاص " أو كما قال الكمال بن الهمام : " وأما

(١) أستاذنا الدكتور إبراهيم عبد الحميد . نظام القضاء فى الإسلام ص ٢٩ ، ٣٠ .

الذكورة فليست بشرط إلا للقضاء فى الحدود والدماء ، فتقضى المرأة فى كل شئ إلا فيهما " فليس المراد التولية والتقليد ، لأن التولية فعل المولى ، والقضاء فعل القاضى ، فلا يدل أحدهما على الآخر لاختلافهما ، كما أنه لا يلزم من جواز حكم المرأة ونفاذه جواز توليتها لأن توليتها قد تكون غير جائزة ويكون قضاؤها بناء على هذه التولية جائزا ، وهذا مبنى على أصول الحنفية وموقفهم من النهى ومقتضاه ، فهم يرون أن النهى عن الشئ إذا لم يكن لذاته بل لوصف مجاور له ، يكون مفيدا للمشروعية مع الكراهة التحريمية ، أى أن المكلف إذا فعل الشئ المنهى عنه فإن الفعل يكون صحيحا تترتب عليه الأحكام الشرعية لكن مع إثم الفاعل ، فمثلا ورد النهى عن وطء الزوجة حال الحيض ، والنهى هنا ليس لذات الوطء ، لأن وطء الزوجة حلال ، وإنما النهى بسبب ما يجاوره من الأذى ، فإذا حدث الوطء من الزوج حال الحيض فإنه يكون آثما لأنه ارتكب شيئا محرما ، لكن هذا لا يمنع أن تترتب على الوطء جميع أحكام الوطء المشروعة ، من ثبوت النسب ، وحلها للزوج الأول الذى طلقها ثلاث طلقات ، وتكميل المهر ، وثبوت حرمة المصاهرة ، والعدة ، ونحو ذلك [1].

ويرى هذا الباحث أن النهى عن تولية المرأة القضاء المستفاد من قوله ﷺ : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " من هذا القبيل ، لأن النهى عن توليتها القضاء ليس لذات القضاء ، لأن القضاء مشروع ومطلوب ، وإنما هو لوصف مجاور هو مظنة تقصيرها فى الحكم ، لنقصها الطبيعى عن الرجل ، وانسياقها وراء العاطفة ، وللعوامل الطبيعية التى تعتريها

---

(١) مثال النهى عن الشئ لذاته تحريم بيع الميتة والخنزير ومثال النهى عن الشئ لا لذاته بل لوصف مجاور له النهى عن البيع وقت النداء للجمعة ، وبيع ما فيه من غرر ومعنى الغرر الخطر فى جانب أحد المتعاقدين ، مثل بيع سيارة مسروقة لا يعرف صاحبها مكانها ، ومع ذلك يبيعها لآخر هو أيضا لا يعرف مكانها .

بتوالى الأشهر والسنين من حيض وولادة ، وإرضاع ، وكل هذا يؤثر فى انتظام قيامها بالقضاء وفى إصابة الحق ٠

فإذا طبقت القاعدة المذكورة عند الحنفية فإنه لو ولى الحاكم أو من ينوب عنه يكون صحيحا نافذا فى كل ما تصح شهادتها فيه ، وهو ما عدا الحدود والقصاص إذ كان موافقا للحق ، وعلى هذا فإنه لا يلزم من صحة قضائها ونفاذه جواز تقليدها وتوليتها هذا المنصب [١].

هذا ما يراه بعض الباحثين ، ونرى أن هذا غير مسلم لأنه :

أولا : إذا تصورناه فى عبارة المرغينانى وهى : " ويجوز قضاء المرأة فى كل شئ إلا فى الحدود والقصاص " وعبارة الكمال بن الهمام وهى : " وأما الذكورة فليست بشرط إلا للقضاء فى الحدود والدماء فتقضى المرأة فى كل شئ إلا فيهما " ، فلا يصح تصوره فى عبارة الكاسانى وهو أحد أشهر فقهاء الحنفية ، فعبارته نصها : " وأما الذكورة فليست شرط جواز التقليد فى الجملة ، لأن المرأة من أهل الشهادة فى الجملة ، إلا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص ، لأنه لا شهادة لها فى ذلك ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة " [٢].

فعبارة الكاسانى غير دقيقة ، ولو قال : " وأما الذكورة فليست من شرط القضاء فى الجملة " لكان من الممكن حملها على أنه ليس من شرط تنفيذ القضاء الذكورة ، فالمرأة عند الحنفية يصح تنفيذ ما حكمت به فى غير القصاص والحدود فيكون معنى " فى الجملة " فى العبارة بعد تعديلها

---

(١) نظم القضاء فى الإسلام ، للمستشار جمال صادق المرصفاوى من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامى الذى عقد بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ ، طبعته إدارة الثاقفة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود ، ١٤٠١ هـ ، ١٩٨١ م ٠

(٢) الكاسانى فى بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ٣ ٠

إلى : " وأما الذكورة فليست من شرط القضاء في الجملة " يكون معناها أنه لا تشترط الذكورة في كل جزئيات هذه المسألة ، بل في بعض جزئياتها لا تشترط وهي ما إذا وليت وأثم موليها وحكمت في قضايا يصح لها أن تشهد فيها وهي ما عدا قضايا القصاص والحدود ، وأما أن يقول الكاساني : وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة فهو في رأيي غير دقيق ، فالكمال بن الهمام وغيره بينوا ، أن الحنفية يرون أن الذكورة شرط لجواز التقليد ، فهم متفقون مع الجمهور في أنه لا يجوز للحاكم أو من له سلطة تولية القضاء أن يولي المرأة القضاء وخلافهم فقط مع الجمهور فيما لو وليت مع إثم من ولاها ، هل ينفذ حكمها إذا حكمت في القضايا أو لا ينفذ ، الجمهور يقولون لا ينفذ والحنفية يقولون ينفذ ما دام موافقا لأحكام الشرع وفيما تصح فيه شهادتها .

وهذا ما يجعلنا نقول إن بعض الحنفية يمكن أن يتهموا بأنهم قصروا في توضيح رأي الحنفية في هذه المسألة بالصورة التي لا يحصل في فهمها أي لبس أو غموض .

ثانيا : جعل النهي عن تولية المرأة القضاء الذي بين بعض العلماء أنه مستفاد من حديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " من قبيل النهي عن الشئ لوصف مجاور كالنهي عن الاتصال الجنسي بالزوجة أثناء الحيض غير دقيق ــ كما سبق بيانه والدقة ــ كما بين بعض الباحثين أن يكون من قبيل النهي عن الشئ لوصف لازم ، كالبيع بربا الفضل .

بعد هذا نقول نقول إن الجمهور ــ ومنهم الحنفية ــ يرون عدم جواز تولية المرأة القضاء ، وقد خالف الجمهور ابن القاسم من المالكية (١) .

---

(١) ابن القاسم أحد كبار تلاميذ مالك ، وقد لزم مالكا أكثر من عشرين سنة ولم يفارقه حتى توفي ، وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر ، ولهذا إذا اختلف أصحاب مالك فالقول ==

والحسن البصرى أحد كبار فقهاء التابعين ، وابن حزم الظاهرى ، فهم يرون أنه لا تشترط الذكورة فى القاضى ، فيجوز عند ابن حزم أن تتولى المرأة القضاء ، وينفذ حكمها فى كل القضايا حتى قضايا القصاص والحدود ، لأن شهادة المرأة عنده تصح فيهما [1]. ويجوز عن ابن القاسم أن تتولى المرأة القضاء ، وينفذ حكمها فيما تصح فيه شهادتها أيضا عنده ، وهو الأموال ، وما لا يطلع عليه الرجال غالبا ، كالولادة ، واستهلال المولود ، وعيوب النساء تحت الثياب وكذلك نقل عن الحسن البصرى أنه يرى جواز ولايتها القضاء مطلقا [2].

==عند المالكية قول ابن القاسم ، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب ، تأليف أبى لاعباس أحمد بن يحيى الونشريسى ، جـ ١ ، ص ٤٥ .

(١) قال ابن حزم : " ولا يجوز أن يقبل فى الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين " أو رجلين وأربع نسوة ، أو رجلا واحدا وست نسوة أو ثمان نسوة فقط ، ولا يقبل فى سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء ، وما فيه القصاص ، والنكاح ، والطلاق والرجعة ، والأموال إلا رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان كذلك ، أو أربع نسوة كذلك ، المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٩٥ ، وحاشية الدسوقى جـ ٤ ، ص ١٨٨ ، ونظام القضاء فى الإسلام للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٣ .

(٢) حاشية الدسوقى ، جـ ٤ ، ص ١٨٨ ، ونظام القضاء فى الإسلام لأستاذنا الدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ، لشرح مختصر خليل ، جـ٦ ، ص ٨٧ ، ٨٨ ، يقول الحطاب عند الكلام عن اشتراط الذكورة فى القاضى : قال فى التوضيح : وروى ابن أبى مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة ، قال ابن عرفة : قال ابن زرقون : أظنه فيما تجوز فيه شهادتها ، قال ابن عبد السلام : لا حاجة لهذا التأويل ، لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن والطبرى بإجازة ولايتها القضاء مطلقا (قلت) الأظهر قول ابن زرقون ، لأن ابن عبد السلام قال فى الرد على من شذ من المتكلمين وقال : الفسق لا ينافى القضاء ما نصه : " وهذا ضعيف جدا ، لأن العدالة شرط فى قبول الشهادة ، ولاقضاء أعظم حرمة منها " (قلت) ====

رأى ابن جرير الطبرى :

نجد أن بعض المصادر تنسب إلى ابن جريـــر الطـــبرى ، المـــؤرخ والمفسر ، والفقيه المعروف [1] ، القول بجواز أن تكون المرأة قاضيـــــة

===فجعل ما هو مناف للشهادة منافيا للقضاء ، فكما أن النكاح ، والطلاق ، والعتــق ، والحد ، لا يقبل فيها شهادتها ، فكذلك لا يصح فيها قضاؤها • انتهى • مواهب الجليــل جـــ ٢ ، ص ٨٧ ، ٨٨ •

ومن هذا النص يبين أن ابن القاسم يرى جواز تولية المرأة القضاء ، على خلاف بيـــن فقهاء المالكية فى مجال هذه التولية عند ابن القاسم ، فابن زرقون يظن أن هذا المجـــال عند ابن القاسم هو القضايا التى يجوز لها أن تشهد فيها ، وابن عبد السلام يرى أن مــن المحتمل أن يكون مجال التولية عند ابن القاسم مطلقا فتتولى المرأة القضاء فى أى نــوع من القضايا كما هو رأى الحسن البصرى وابن جرير الطبرى •

ويرى الحطاب أن الأرجح هو ما يراه ابن زرقون فى ظنه أن رأى ابن القاســـم وهـــو جواز تولية المرأة القضاء هو فى المجالات التى يجوز لها ان تشهد فيها ، ولا يجـــوز توليتها القضاء فيما لا تصح شهادتها فيه وهو عند المالكية القصاص والحدود والطـــلاق والعتق ، واستند الحطاب فى ترجيحه لقول ابن زرقون إلى ما بينه ابن عبد السلام فـــى مجال رده على من يرى أن الفاسق يجوز توليته القضاء فقد قال ابن عبد السلام فى رده على هذا : " وهذا ضعيف جدا ، لأن العدالة شرط فى قبول الشهادة ، والقضاء أعظـــم حرمة منها " فجعل ابن عبد السلام كل الأمور التى تكون منافية للشهادة تكون منافيـــة للقضاء ، لأن القضاء أعظم حرمة من الشهادة •

(١) اسمه محمد بن جرير بن يزيد بن خالد ، ولد سنة ٢٢٤ هـــ الموافقة لسنة ٨٣٩ م فـــى بلدة آمل بإقليم طبرستان وتوفى فى بغداد سنة ٣١٠هـــ الموافقة لسنة ٩٢٣ م • وكـــان فى البداية مقلدا لمذهب الشافعى ، ثم أصبح مجتهدا له تلاميذ ومقلدون ، وكـــان مــن المكثرين فى التأليف فى العلوم المختلفة ، من هذه المؤلفات كتابه الشهير فى التفســـير المسمى : جامع البيان عن تأويل آى القرآن ، ومنها أيضا كتاب فى التاريخ ، وكتـــاب اختلاف وهما من أهم الموسوعات العلمية الإسلامية • الأعـــلام للزركلـــى جـــ ٦ ، ص٩٤ ، الطبعة الثالثة ، وفقه محمد بن جرير الطبرى للدكتور / محمد رواس قلعـــة جى مكتوب بالآلة الكاتبة ، ص ٢ ، والمدخل للفقه الإسلامى ، للأستاذ عيسوى أحمـــد عيسوى ، ص ٢٠٦ •

على الإطلاق فى كل شئ ليس لها مجال محدد يصح لها أن تتولى القضاء فيه ، بل يصح لها أن تتولاه فى كافة أنواع القضايا [1].

ويرى أحد الباحثين الفضلاء أن هذا الرأى المنسوب لابن جرير الطبرى خطأ من الناحية التاريخية والناحية الموضوعية .

أما من الناحية التاريخية فلم يثبت عن ابن جرير هذا النقل ، ولم يصح عنه كما صرح بذلك ابن العربى المفسر المعروف [2].

ويضاف إلى هذا — كما يقول الباحث الفاضل — أن النقل عن ابن جرير لم ينسب إلى كتاب من كتبه ، ولم يرو عنه بسند من الأسانيد ، وهذا ما يؤدى إلى عدم الإطمئنان إلى صحة نسبة هذا القول إلى ابن جرير من الناحية التاريخية .

وأما من الناحية الموضوعية فإن هذا القول مخالف للحديث عن رسول الله ﷺ : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ومخالف لإجماع علماء الأمة الإسلامية السابقين على عصر ابن جرير على عدم جواز تولية المرأة القضاء ، فليس لابن جرير سلف من الفقهاء يرى جواز تولية المرأة القضاء ، والقول إذا كان مخالفا لإجماع علماء الأمة ولم يكن فى عصر المجمعين فإنه يكون مردوداً ، لأنه إذا انعقد الإجماع فى عصر من العصور على حكم شرعى فلا يجوز لمن جاء بعد هذا العصر أن يخالف الحكم الذى أجمع عليه العلماء .

وعلى هذا فنسبة القول بجواز أن تتولى المرأة القضاء إلى ابن جرير لا تصلح رواية ودراية [3].

---

(١) بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٥٦٤ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، للحطاب جـ ٦ ، ص ٨٧ .

(٢) أحكام القرآن ، لابن العربى ، جـ ٣ ، ص ٤٤٥ ، مطبعة الحلبى بمصر .

(٣) هذا ما يراه أستاذنا الدكتور / عبد العال عطوة ، فى محاضرات القضاء ، ص ٥٩ ، وأستاذنا الدكتور / عبد العال عطوة كتب فى القضاء بهذا العنوان ، وكذلك أستاذنا الدكتور / إبراهيم عبد الحميد كتب فى القضاء بحثا بعنوان " نظام القضاء فى==

هذا ما يراه أحد الباحثين الفضلاء ، وقد أجيب على ذلك بما يأتى :

أولا : من ناحية أن هذا النقل لم يثبت عن ابن جرير ، ولم ينسب إلى كتاب من كتبه ، فالجواب أن كتب ابن جرير كثيرة ، وفيها الموسوعى الضخم الذى لو نسب إليه لكاد أن يكون كعدم نسبته ، لأن المراجعة المستوعبة تحتاج إلى عمر طويل ، وربما وقع النص فى موضع لا يظن وجوده فيه ، لأن المناسبة اقتضته ، كما يحدث ذلك فى كثير من المسائل العلمية فى كتب القدامى ، ويكفى أن العلماء الذين نقلوا رأى ابن جرير وهم من قممنا الشامخة ، كالماوردى [1] ، وابن رشد [2] ، والحافظ بن حجر العسقلانى [3] ، لم ينقلوا هذا الرأى بصيغة التمريض كأن يقولوا مثلا : وروى أن ابن جرير قال بجواز تولية المرأة القضاء ، بل وجدناهم نقلوا رأى ابن جرير بصيغة الجزم ، وليس هذا شأنهم فى نقل الآراء التى تكون فى موضع الشك [4].

كما يجوز أن يكون ابن جرير ذكر هذا الرأى فى كتاب من كتبه ولم يصل إلينا هذا الكتاب ، فكثير من التراث الإسلامى ضاع بفعل عوامل متعددة ، فمن المحتمل أن يكون هذا الرأى المنسوب إلى الطبرى قاله فى كتاب له ضاع مع ما ضاع من التراث العلمى للمسلمين ، وخاصة إذا

==الإسلام " بعد ظهور بحث الدكتور / عبد العال عطوة ، ورد الدكتور / إبراهيم عبد الحميد على الدكتور / عبد العال عطوة فى عدة آراء ، ثم لما أعاد الدكتور / عبد العال عطوة كتابة بحثه على الآلة الكاتبة مرة ثانية رد على اعتراضات وآراء الدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، وقد استفدنا من كتابة هذين الأستاذين الكبيرين استفادة عظيمة ، وندعو الله لهما بجزيل الثواب .

(١) الأحكام السلطانية ، ص ٧٢ .

(٢) بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٥٦٤ .

(٣) فتح البارى ، جـ ١٣ ، ص ١٤٧ .

(٤) نظام القضاء فى الإسلام ، للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ص ٢٣ ، ٢٤ .

- علمنا أن ابن جرير الطبرى اختار مذهبا فقهيا له مستقلا فى كثير من الموضوعات ، وعلل له ودلل عليه ، ودونه فى كتاب له يسمى " لطيف القول فى أحكام الشرائع " وجعل هذا الكتاب مقسما على ثلاثة وثمانين كتابا ، وهذا الكتاب ليس بأيدينا الآن ، وربما فقد مع ما فقد من التراث الإسلامى ، بل غالب الظن أنه فقد ، وبفقده يكون مرجع مهم من مراجع فقه الإمام الطبرى قد خسرناه . وتكون هناك قضايا وأحكام كثيرة لا نتعرف على رأى ابن جرير الطبرى فيها إلا بواسطة ما ينقله العلماء عنه فى بطون الكتب ، أو بواسطة بعض اختيارات الطبرى نفسه فى تفسيره للقرآن المسمى بجامع البيان عن تأويل أى القرآن ، أو فيما وصلنا من كتابه " تهذيب الآثار " [1].

ولنفرض أن ابن جرير الطبرى لم تكن له كتب مؤلفة ، ونقل علماؤنا الثقات هذا الرأى المشهور عنه ، أما كان يكفى هذا النقل عنه ، أم كان سيرد هذا النقل بحجة أن ابن جرير الطبرى ليس له كتاب منسوب إليه ؟ إن مسائل كثيرة جدا أكثر من أن تحصى حكيت عن علماء كثيرين ولم تكن مدونة فى كتب لهم ، ولم تكن محل اعتراض من هذه الناحية .

إن نقل آراء العلماء يكفى فى صحتها أن تكون الثقة متوافرة فى الناقل، والذين نقلوا عن الطبرى رأيه علماء أجلاء موضع الثقة التامة ، ويحسن الظن بهم ، وهذا كاف فى صحة حكاية هذا الرأى عن الإمام ابن جرير الطبرى ، هذا بالإضافة إلى أننا لم نجد أحدا من العلماء ينسب إلى ابن جرير قولا بعدم جواز أن تتولى المرأة القضاء ، ولا وجد هذا الرأى

---

(١) تفسير الطبرى جـ ٧ ، ص ٤٣ ، وفقه محمد بن جرير الطبرى للدكتور / محمد رواس قلعة جى مكتوب بالآلة الكاتبة ، ص ١ ، ٢ .

فى كتاب من كتبه وإلا لنقله العلماء عنه ، وهذا يعد قرينة تؤيد نسبة الرأى إليه .

ثانيا : أما القول بأن نسبة الرأى القائل بجواز أن تتولى المرأة القضاء إلى ابن جرير لا تصلح من الناحية الموضوعية ، بحجة أن هذا الرأى يخالف حديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ، ومخالف لإجماع الأمة ، فالجواب أن هذا الكلام لا يقال عند حكاية الآراء ، وإنما الآراء يصح حكايتها ما دام ناقلوها موضع الثقة ، وعلماؤنا الذين نقلوا عن ابن جرير قوله فى قضاء المرأة موضع الثقة قطعا ، وإذا كان الماوردى بعد أن نقل رأى ابن جرير بتجويز قضاء المرأة فى جميع الأحكام ، قال : " ولا اعتبار بقول يرده الإجماع مع قوله تعالى : ﴿ **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض** ﴾ يعنى فى العقل والرأى ، فلم يجز أن يقمن على الرجال " [١] . فإن كلام الماوردى لا يصلح أن يرد نسبة قول إلى قائله ، وليس هذا فى غالب الظن ما قصد إليه الماوردى ، كما هو واضح من عبارته ، وموضع رد رأى ابن جرير بحجة الإجماع ، والاية الكريمة : ﴿ **الرجال قوامون على النساء** ﴾ لا يكون عند ذكر الآراء فى المسألة المتنازع فيها ، وإنما يكون عند الحوار العلمى ، بذكر حجج الأطراف المتنازعة [٢] .

تحديد الآراء :

مما سبق يمكن أن نقول إن العلماء مختلفون فى الذكورة هل هى شرط فى القاضى أم لا ، على ثلاثة آراء :

---

(١) الأحكام السلطانية ، ص ٧٢ .

(٢) نظام القضاء فى الإسلام لأستاذنا الدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٣ ، ٢٤ ، مكتوبة بالآلة الكاتبة .

الرأى الأول : ما يراه جمهور العلماء ، وفيهم جمهور المالكية [1] ومعهم الشافعية [2] والحنابلة [3] وزفر من الحنفية [4] ، والشيعة الإمامية [5] أن المرأة لا يجوز أن تتولى القضاء ولو ولاها الحاكم هذا المنصب يكون آثما ، وتأثم هى أيضا لرضاها بأمر لا يجوز [6] ، ولو حكمت فى أى قضية من القضايا ، سواء أكانت من القضايا التى تصح شهادتها فيها كالأموال ، والرضاع أم لا ، لا ينفذ قضاؤها ، فالذكورة عند الجمهور شرط للجواز وللصحة .

الرأى الثانى : ما يراه الحنفية ـ غير زفر ـ أنه لا يجوز تولية المرأة القضاء ، لكن لو وليت هذا المنصب ـ مع إثمها وإثم من ولاها ـ فحكمت ، فإنه ينفذ حكمها فى الأمور التى يصح لها أن تشهد فيها ، وهى ما عدا مسائل الحدود والقصاص . فالحنفية يرون كما يرى الجمهور أن قضاء المرأة فى الحدود والقصاص لا ينفذ ، ولو كان ما قضت به موافقا للحق ، أما إذا حكمت فى غير الحدود والقصاص فينفذ حكمها ، فالذكورة عند الحنفية ـ غير زفر ـ شرط جواز لا شرط صحة .

---

(1) مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ، للحطاب جـ ٦ ، ص ٨٧ .

(2) نهاية المحتاج للرملى جـ ٨ ، ص ٢٢٦ وكفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ، لأبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى جـ ٢ ، ص ٢٥٧ ، دار إحياء الكتب العربية بمصر .

(3) المقنع ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى ص ٣٢٦ ، دار الكتب العلمية بيروت .

(4) نظام القضاء فى الإسلام لأستاذنا الدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٣ ، ٢٤ مكتوبة بالآلة الكاتبة .

(5) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ، للحلى أبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، جـ ٤ ، ص ٦٧ ، منشورات دار الأضواء ـ بيروت .

(6) يقول بعض العلماء : " من لا يصلح للقضاء تحرم توليته ويحرم عليه أن يتولى ويحرم عليه أن يطلبه . كفاية الأخيار جـ ٢ ، ص ٢٥٧ .

ومما يدل على أن الحنفية يرون عدم جواز تولية المرأة منصب القضاء ، بجانب ما سبق أن نقلناه من عباراتهم فى كتبهم ، ان قاضى القضاة كان فى أكثر العصور السابقة حنفيا ، وكان من مهام منصبه تولية القضاة فى جميع البلاد الإسلامية ، ولو كان تولى المرأة القضاء جائزا لا إثم فيه عند الحنفية ، لحدث ذلك ولو مرة فى العصور السابقة [١].

الرأى الثالث : ما يراه محمد بن جرير الطبرى ، وكذلك ما يراه الحسن البصرى أحد كبار فقهاء التابعين ، وابن حزم الظاهرى ، وابن القاسم من المالكية ، أنه يجوز تولية المرأة القضاء ، وينفذ قضاؤها فى كل ما تصح فيها شهادتها ، غير أن هؤلاء مختلفون فى الأمور التى تصح شهادة المرأة فيها ، فابن جرير وابن حزم يريان أن للمرأة أن تشهد فى كل شئ ، وأما ابن القاسم فيرى أن شهادتها لا تصلح إلا فى قضايا الأموال ، وما لا يطلع عليه الرجال غالبا ، كالولادة ، واستهلال المولود ، وعيوب النساء التى تحت الثياب ، كالرتق ، والقرن [٢].

هذا وقد نسب الإمام الباجى أحد كبار فقهاء المالكية فى القرن الخامس الهجرى [٣] إلى محمد بن الحسن الشيبانى تلميذ أبى حنيفة أنه قال : يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال [٤] ، ولم أجد هذا الرأى المنسوب إلى محمد بن الحسن فى كتب الحنفية التى اطلعت عليها .

الاستدلال لكل رأى :

الاستدلال للجمهور : أما الجمهور وهم القائلون بأن الذكورة شرط فى جواز تولية القضاء ، وفى صحة هذه التولية ، فقد استدلوا باستدلالات من

---

(١) نظام القضاء فى الإسلام للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٨ .

(٢) نظام القضاء فى الإسلام للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٣٢ ، ومعنى الرتق انسداد محل الجماع من المرأة بلحم ، ومعنى القرن انسداده بعظم .

(٣)ولد الباجى سنة ٤٠٣ هـ ، وتوفى سنة ٤٩٤ هـ .

(٤) المنتقى ، شرح موطأ الإمام مالك ، للإمام الباجى ، جـ ٥ ، ص ١٨٢ .

القرآن الكريم والسنة الشريفة ، وادعوا الإجماع ، واستدلوا أيضا بالقياس وبالمعقول ، فكان استدلالهم على الصورة الآتية :

الدليل الأول : الكتاب الكريم :

قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **الرجال قوامون على النساء ، بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا** ﴾ [1].

وجه الاستدلال :

وجه الاستدلال بالآية الكريمة ، أن الآية أفادت حصر القوامة فى الرجال ، وذلك لأن قواعد اللغة العربية تقتضى ــ كما هو مصرح فى علم الأدب ــ أن المبتدأ المعرف بلام الجنس [2] يقصر على الخبر ، مثل أن تقول الكرم التقوى ، والإمام من قريش [3] ، وما ماثل هذا ، والحصر هنا حصر إضافى أى بالنسبة إلى النساء ، فالمعنى : القوامة للرجال على النساء وليس العكس ، وهذا يستلزم أن لا تجوز ولا تصح ولاية المرأة

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٣٤ .

(٢) فائدة نحوية ــ علماء النحو يختلفون فى أن التعريف باللام أو مجموع الألف واللام ، ويختلفون أيضا فى أن " ال " حرف ثنائى همزته وصل ، وهذا مذهب سيبويه ، أو همزته قطع وهو رأى ابن مالك ، ومن أجل هذا الخلاف يقال : الألف واللام ، ويقال " أل " وهو قول من جعله ثنائيا همزته أصلية ، فإنه " أل " ولا يقول الألف واللام ، كما لا نقول فى " قد " القاف والدال ، ويقال اللام وهو قول من جعل التعريف بها .

(٣) نتائج الأفكار فى كشف الأسرار ، لشمس الدين أحمد بن قودر ، وهى تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام ، جـ ٨ ، ص ١٥٣ ، دار الفكر .

القضاء ، وإلا كان للنساء قوامة على الرجال ، وهذا يتعارض مع ما أفادته الآية الكريمة ·

مناقشة هذا الدليل :

نوقش هذا الدليل : بما يأتى :

أولا : أن القوامة فى الآية الكريمة ليس معناها القوامة العامة التى تشمل القضاء وغيره ، بل معناها هنا قوامة خاصة ، وهى قوامة رب الأسرة عليها ، أى فى الولاية الأسرية والسلطة التى أشار إليها الرسول ﷺ حين قال : " والرجل فى أهله راع وهو مسئول عن رعيته " فيستأذن ويطاع ، ويمتلك حق التأديب ·

فالآية الكريمة – إذن – ليست فى موضوع النزاع ، والذى يدل على أن معنى القوامة فى الآية هو قوامة رب الأسرة عليها : ثلاثة أمور :

الأمر الأول : سبب نزول الآية : فقد روى أن سعد بن الربيع نشزت امرأته فلطمها ، فأتت النبى ﷺ شاكية ، فقال لها : " بينكما القصاص " فأنزل الله عز وجل : ﴿ **ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضى إليك وحيه** ﴾ [1] ، فأمسك ﷺ حتى نزل : ﴿ **الرجال قوامون على النساء** ﴾ الآية ، فقال ﷺ : " أردت أمرا وأراد الله غيره " [2] ، وهذا دليل على أن المراد بالقوامة قوامة الزوج على زوجته بالتأديب ·

---

(١) سورة طه الآية ١١٤ ·

(٢) أحكام القرآن لابن العربى ، جـ ١ ، ص ٤١٥ ، وقد ذكر القرطبى فى الجامع لأحكام القرآن روايات أخرى ·

الأمر الثانى : تركيب الآية وسياقها ، فإن فيها إشارة إلـــى المـــهر ، والنفقات التى يتحملها الأزواج ، بقوله تعالى فى الآية : ﴿ **وبما أنفقـــوا من أموالهم** ﴾ ، وفيها إشارة إلى ما يجب للزوج على زوجته من طاعـــة وأمانة ، وهو قوله تعالى : ﴿ **فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفـظ الله** ﴾ وفيها إشارة إلى السلطة المخولة للأزواج على زوجاتهم ، وهو قوله تعالى : ﴿ **واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضـــاجع واضربوهن** ﴾ ٠

فهذا يدل على أن المراد بالقوامة فى الآيـــة قوامـــة الرجـــال علـــى زوجاتهم ، وليس توليتـــهم عليـــهن فـــى الولايـــات العامـــة ، كرياســـة الدولة ، والقضاء وغيرهما مـــن الولايـــات ٠

الأمر الثالث : صلاحية المـــرأة للولايـــات الخاصـــة [1] ، فالآيـــة لا تفيد العموم إذن ، ومما يبين أن المرأة تصلح للولايـــات الخاصـــة أنـــها تصلح وصية على اليتيم وتصلح ناظرة مـــال الوقـــف ، فلأنـــها قـــادرة على أن تقوم بأمور هذه الولاية جـــاز إسـنادها إليــها ، فكذلــك يجــوز إسناد الولايات العامة إليها ، مـــا دام منـــاط الحكـــم ــ وهـــو القـــدرة ــ متحققا ، والحكم هو جواز وصحة الإســـناد إليـــها ، ولا تـــأثير لعمـــوم الولاية أو خصوصها بعـــد أن تتحقـــق قـــدرة المـــرأة علـــى ممارســـة الولاية ، ولولا أن الإجماع قد قـــام علـــى عـــدم جـــواز تولـــى المـــرأة رياسة الدولة ، وما هو بمثابتها كوزارة التفويـــض ، وإمـــارة الإقليـــم ،

---

(١) أى أن الآية لو كانت شاملة لكل الولايات لما أعطاها الشرع بعض الولايات الخاصـــة ، فلو كانت القوامة عامة لما سمح الشرع لها بأى نوع من الولايات ٠

وورود النص فى رياسة الدولة المانع لتولى المرأة إياها ، لجاز أن تولى المرأة هذه الولايات العامة أيضا ، بدون فرق بين ولاية عامة وولاية خاصة [1].

ثانيا : لو سلمنا جدلا أن الآية تفيد العموم ، فإن الاستدلال بها يكون غير تام التقريب [2] . لأن الدعوى عدم جواز تولية المرأة القضاء مطلقا ، وعدم صحة هذه التولية مطلقا كذلك ، سواء أكان توليها القضاء على الرجال ، أم على النساء ، أم على الأحداث ، أم على هؤلاء جميعا ، والاستدلال بالآية أنتج الدعوى فى الشق الأول فقط ، أى ولايتها على الرجال دون النساء والأحداث [3] ، وعلماؤنا ينصون على أنه من المستحب أن تفرد النساء بقاض إذا كان طرفا الخصومة منهن [4].

---

(١) نظام القضاء فى الإسلام للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٣١ ، ٣٢ .

(٢) التقريب هو سوق الدليل على وجه يستلزم المطلوب ، فإذا كان المطلوب غير لازم واللازم غير مطلوب لا يتم التقريب وقيل : التقريب هو سوق المقدمات على وجه يفيد المطلوب ، وقيل : هو سوق الدليل على الوجه الذى يلزم المدعى ، وقيل : هو جعل الدليل مطابقا للمدعى . التعريفات للجرجانى ، ص ٣٧ .

(٣) الأحداث : الصبيان .

(٤) نظام القضاء فى الإسلام للدكتور / إبراهيم عبد الحميد ، ص ٣٢ ، وأشار إلى حاشيتى قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على المنهاج ، جـ ٤ ص ٣٥٢ ، وتبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٣٦ ، لابن فرحون .

الجواب عن هذه المناقشة :

أولا : أما المناقشة بتخصيص العموم فى الآية بسبب النزول ، فأجيب عنها ، بأن التخصيص بسبب النزول لا يسلم إلا على رأى ضعيف ، فى علم أصول الفقه ، وإنما الرأى القوى أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، كما هو المعتمد عند الأصوليين ، كما أن حذف متعلق القوامة يؤذن بعمومها .

ثانيا : وأما المناقشة بتخصيص العموم فى الآية بما ورد فيها من أحكام تتعلق بولاية الزوج على زوجته ، فأجيب عنها : بأن ذلك من باب إفراد فرد من أفراد العام فلا يكون مخصصا للعام ، ومعنى إفراد فرد من أفراد العام تخصيص بعض العام بالذكر ، أو بعبارة أخرى النص على واحد مما تضمنه وحكم عليه بالحكم الذى حكم به على العام ، وهذا لا يكون مخصصا للعام ، عند جمهور العلماء ، مثال ذلك قول رسول الله ﷺ : " أيما إهاب [1] دبغ فقد طهر " مع قوله ﷺ فى شاة ميمونة [2] : " ألا استمتعتم بإهابها فإن دباغ الأديم طهور " .

والدليل على أن إفراد فرد من أفراد العام ، أى تخصيص البعض بالذكر لا يكون مخصصا للعام ، أن الحكم على الواحد لا ينافى الحكم على الكل ؛ لأنه لا يوجد منافاة بين بعض الشئ وكله ، بل الكل محتاج إلى بعضه ، وإذا

---

(١) الإهاب : الجلد قبل الدبغ .

(٢) بين العلماء أن سبب الحديث أن رسول الله ﷺ رأى شاة ميتة لإحدى زوجاته وهى أم المؤمنين ميمونة رضى الله عنهن جميعا ، فقال ﷺ : " ألا استمتعم بإهابها ، فإن دباغ الأديم طهور " سبل السلام للصنعانى ، جـ ١ ، ص ٣٠ .

لم توجد المنافاة لا يوجد التخصيص ، لأن المخصص لابد أن يكـون منافيـا للعام [1].

ثالثا : وأما المناقشة الثالثة فحاصلها يرجع إلى معارضة الدليـل بقيـاس الولايات العامة على الولايات الخاصة ، وهذا قيـاس بـاطل ، لأن الولايـة الخاصة ـ كالتصرف فى ريع دار موقوفة ، أو الإشراف علـى مـال يتيـم ورعاية شئونه ـ يكفى فيها مجرد القدرة ، أما الولاية العامة فإنها تحتاج إلـى قدرة متميزة عالية تتناسب مع كثرة أعباء هذه الولاية وتشعبها ، وعمومـها ، ومن الواضح أن من يستطيع أن يقوم بعمل خاص قـد لا يسـتطيع أن يقـوم بالعمل العام ، كالوزارة ، والقضاء ، وغيرهما •

إذن فمناط [2] الحكم فى الولاية الخاصة ، هو مجرد القدرة وهذا لا يكفـى فى الولاية العامة التى تحتاج إلى القدرة العالية ، لا مجرد القدرة •

وهذا إذا سلمنا أن مناط الحكم فى تولى الولايات هو القدرة ، ولكننـا لا نسلم هذا • لأن القدرة وصف مضطرب ، ليـس لـه مقيـاس أو موازيـن مضبوطة ، والمعهود فى الشرع أن يكون مناط الحكم وصفا ظاهرا منضبطا ، وإذا نظرنا فى الحديث الشريف : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " لنعـرف الوصف الظاهر المنضبط الذى جعل مناطا لعدم الفلاح المانع من تولى المرأة الولاية نجد أنه الأنوثة التى يومئ إليها الحديث ؛ لأن الأنوثة مظنة الإخلال أو عدم الكمال فى القيام بأعباء الولاية •

---

(١) شرح الإسنوى على منهاج الوصول فى علم الأصول ، جـ ٢ ، ص ١٣٣ •

(٢) مناط الحكم أى علة الحكم •

وعلى هذا فإذا وجدت الأنوثة ، فقد وجد المانع من تولى الولايات العامة ومنها القضاء ، ولولا أن الإجماع قد قام على جواز أن تتولى المرأة الولايات الخاصة اكتفاء بمجرد توافر القدرة فيها ، لقلنا أيضا بعدم جواز أن تسند الولايات الخاصة إلى المرأة ، ولكن الإجماع قام على جواز ذلك .

رابعا : وأما المناقشة بأن التقريب غير تام ؛ لأن الدليل أنتج الأخص من الدعوى ، لأنه أنتج عدم جواز أن تتولى المرأة القضاء بين الرجال فقط ، دون النساء والأحداث فهى مناقشة غير صحيحة ؛ لأن الدليل أنتج مساوى الدعوى ، وذلك للمساواة بين الرجال والنساء والأحداث أمام القضاء ، لأنه لا يوجد فارق بين الرجال وغيرهم فى مجال الخصومة والتقاضى ، ومؤاخذة القاضى لهم على الأمور التى تحدث منهم . فإلحاق النساء ، والصبيان بالرجال إنما هو قياس فى معنى الأصل ، أو كما يسميه بعض العلماء : قياس جلى ، وإذا كان الدليل قد أنتج مساوى الدعوى كان التقريب تاما [1].

الدليل الثانى : السنة :

روى البخارى [2] عن أبى بكرة رضى الله تعالى عنه أنه قال : " نفعنى الله بكلمة سمعتها من رسول الله ﷺ أيام الجمل [3] ، بعد ما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم ، قال : لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس

---

(١) محاضرات فى علم القضاء لأستاذنا الدكتور / عبد العال عطوة ، مكتوبة بالآلة الكاتبة ص٦٢ ، ٦٣ .

(٢) صحيح البخارى ، جـ ٩ ، ص ٥٥ مطبعة الفجالة .

(٣) أى أيام معركة الجمل التى كانت بين على بن أبى طالب ﷺ ومخالفيه طلحة بن عبيد الله والزبير بن العوام ومن معهما .

ملكوا بنت كسرى ، قال : " لن يفلح قوم ولّــوا [١] أمرهــم امــرأة " ، وزاد الترمذى [٢] : فلما قدمت عائشة البصـــرة ، ذكــرت قــول رســول الله ﷺ فعصمنى الله تعالى به .

وجه الدلالة من قول رسول الله ﷺ : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امــرأة " أنه ﷺ أخبرنا بعدم فلاح من ولوا عليهم امرأة ، ولا شــك أن عــدم الفــلاح ضرر ، والضرر يجب اجتنابه ؛ لقول رســول الله ﷺ [٣]: " لا ضــرر ولا ضرار " ، فيجب اجتناب ما يؤدى إليه ، وهو تولية المرأة ؛ لأن مــا لا يتــم الواجب إلا به فهو واجب [٤].

وهذا يساوى تماما من حيث المآل ما لو قلنا : إن هذا اللفظ من رســـول الله ﷺ خبر فى معنى النهى ، فالجملة خبرية لفظا إنشائية معنى .

ولو صغنا هذا الدليل على هيئة قياس من الشــكل الأول نقــول : تولـــى المرأة الولايات العامة يؤدى إلى عدم الفلاح . وعدم الفلاح ضرر ، فالنتيجــة أن تولى المرأة الولاية العامة ضرر ، والضرر ممنوع شرعا ، ولا شــك أن القضاء من الولايات العامة .

---

(١) القاعدة العربية إذا أسند الفعل المعتل الآخر بالألف وهو ما يسمى مقصورا إلى واو الجماعــة يفتح ما قبل واو الجماعة ، وإذا كان معتل الآخر بغير الألف يضم ما قبل الواو ، والقــرآن الكريم فيه بيان لهذه القاعدة فى قول الله تبارك وتعالى : ﴿ وإذا لقوا الذين آمنوا قالوا آمنا وإذا خلوا إلى شياطينهم قالوا إنا معكم ﴾ وهو ما بين هذه القاعدة .

(٢) الترمذى جـ ٩ ، ص ١١٩ .

(٣) نيل الأوطار ، للشوكانى جـ٥ص٣٨٥ .

(٤) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٢٣ ، ونيــل الأوطــار للشــوكانى ، جــ ٨ ، ص٢٩٨ .

وسواء أكان خبرا محضا بمعنى أن رسول الله ﷺ يخبرنا بعدم الفلاح إذا ولينا أمورنا امرأة ، وحينئذ فالواجب علينا أن نبعد بأنفسنا عما يجر إلى عدم الفلاح ، أم خبرا لفظا إنشاء معنى ، بمعنى أن الجملة خبر من الناحية اللفظية ، لكنها من حيث المعنى إنشاء ؛ لأنها تنهانا عما يؤدى إلى عدم الفلاح وهو تولية المرأة أمورنا العامة ، فإنه عام فى جميع الولايات ؛ لأن كلمة : " أمرهم " صيغة من صيغ العموم ، فإنها مفرد مضاف لمعرفة [1] ، فيشمل جميع أمور الأمة التى تحتاج إلى من يقوم بأمرها ، فيكون شاملا للقضاء وسائر الولايات الأخرى ، سواء أكانت ولايات عامة ، أم ولايات خاصة ، إلا

---

(١) صيغ العموم أو الألفاظ التى تفيد العموم كثيرة منها لفظ " كل " ولفظ " جميع " فإنهما يدلان على العموم فيما يضافان إليه ، مثل قوله تعالى : ﴿ **كل امرئ بما كسب رهين** ﴾ ومثل قولك : جميع من يأتينى فى منزلى أكرمه .

ومن ألفاظ العموم الجمع المعرف باللام المفيدة للاستغراق والشمول مثل : ﴿ **قد أفلح المؤمنون** ﴾ ، ﴿ **إن الله يحب المحسنين** ﴾ ، ومنها المفرد المضاف إلى معرفة مثل قول الرسول ﷺ فى البحر : " **هو الطهور ماؤه الحل ميتته** " .

ومنها الجمع المضاف مثل قوله تعالى : ﴿ **يوصيكم الله فى أولادكم** ﴾ وقوله تعالى ﴿ **خذ من أموالهم صدقة** ﴾ .

ومنها المفرد المعرف باللام مثل قوله تعالى : ﴿ **والعصر إن الإنسان لفى خسر** ﴾ وقوله تعالى : ﴿ أحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

ومنها أسماء الشرط ، مثل قوله تعالى : ﴿ **فمن شهد منكم الشهر فليصمه** ﴾ ومنها أسماء الاستفهام مثل قوله تعالى : ﴿ **من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا** ﴾ .

ومنها النكرة فى سياق النفى ، أو فى سياق النهى ، مثل قوله ﷺ : " **لا وصية لوارث** " وقوله تعالى : ﴿ **ولا تصل على أحد منهم مات أبدا** ﴾ . أصول الفقه للأستاذ / زكى الدين شعبان ، ص ٣٢٢ .

أن الإجماع قام على استثناء الولايات الخاصة فجاز إسنادها للمــرأة ، فتبقــى المرأة ممنوعة من الولايات العامة .

والسر فى منع المرأة من الولايات العامة نقصان عقلها ودينها ، وهى علة منصوصة فى السنة الصحيحة [1] ، وهى شئ من لوازم المرأة لا ينفك عنها ؛ لأنه فطرى .

فحصيلة هذا الدليل أنه ثبت فى السنة نهى عن تولية المــرأة الولايــات العامة ، وهو نهى لوصف لازم ، وقد رجح علماء الأصول أن النهى يقتضــى البطلان ، وعلى هذا لا تجوز ولا تصح ولاية المرأة القضاء [2].

---

(١) فى الحديث : " ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم منكن ، قلن : يــا رسول الله ، وما نقصان ديننا وعقلنا ؟ قال : أليس تمكث إحداكــن الليــالى لا تصــوم ولا تصلى ، وشهادة إحداكن على نصف شهادة الرجل ؟

تقول الدكتورة / عائشة عبد الرحمن ، الشهيرة ببنت الشــاطئ الكاتبــة الأديبــة الإســلامية المعروفة : " نعم نحن السيدات ناقصات عقل ، وأنا اول سيدة ناقصة عقل ، وقد وصلــت إلى أعلى الدرجات العلمية ، وشئ عجيب أن يكون البعض أو يدعى أنه أغير على خلقه من الخالق ، وتقول أيضا : نحن السيدات تغلب علينا العاطفة ، وطبيعة الأمومة غالبة علينــا ، قد تكون هناك سيدات قاسيات ، وقد يكون هناك رجال خائفون ، إلا أن الأساس الطبيعى أن المرأة أكثر عاطفة ، والرجل أكثر عقلانية ، ودعونى أقل : أين هى المرأة التــى ترضــى زوجها إذا أغضبته أو أغضبها ، الرجل يفعل ذلك ؛ لأنه أجدر علــى كبــت مشــاعره . (جريدة المسلمون ١٣ سبتمبر ١٩٩١) .

وقد يثور سؤال : لماذا نسب النقص إلى النساء مع أنه ليس من فعلهن ، وقــد أجــاب ابــن العربى بقوله : " هذا من عدل الله يحط ما يشاء ويرفع ما يشاء ، ويقضى ما أراد ، ويمــدح ويلوم ، ولا يسأل عما يفعل ، وهم يسألون ، وهذا لأنه خلق المخلوقات منــازل ، ورتبــها مراتب ، فبين ذلك لنا فعلمنا ، وآمنا به ، وسلمناه .

أحكام القرآن ، لابن العربى ، القسم الأول ، ص ٢٥٤ .

(٢) نظام القضاء فى الإسلام ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

مناقشة الدليل :

نوقش هذا الدليل بأنه ليس فى محل النزاع أى ليس فــى المســألة التــى نختلف حولها ؛ لأن الحديث وارد فى رياسة الدولة ، فيكون النهى المســتفاد منه قاصرا على الولاية العظمى ، فلا يشمل ولاية القضاء [1] ، ويدل على أن الحديث وارد فى الولاية العظمى أمران :

الأول : سبب ورود الحديث ، فنص الحديث يبين أنه قيل بمناسبة توليــة "نوران" بنت كسرى منصب الملك فى بلاد الفرس بعد موت أبيها .

وأجيب عن هذا : بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، كما هــو المرجح فى علم أصول الفقه .

الثانى : أن كلمة : " أمرهم " الواردة فى الحديث الشريف يراد بها جميــع شئون الأمة ، والأمر الذى يعم جميع شئون الأمة هو رياسة الدولــة ؛ لأنــها التى تستمد منها الأمة سائر الولايات ، فيكون المنع مقصورا علــى رياســة الدولة ؛ لأن رئيس الدولة هو الذى يتولى جميع شئون الأمة .

وأجيب على هذا : بأن كلمة : " أمرهم " مفرد مضــاف إلــى معرفــة ، والمفرد المضاف إلى معرفة صيغة من صيغ العموم ، كما هو الراجح عنــد علماء الأصول ، وهو مذهب أكثر العلماء ، وعلى هذا فكأن الحديث قال : لن يفلح قوم ولوا رياسة الدولة امرأة ، ولن يفلح قوم ولوا الوزارة امرأة ، ولــن يفلح قوم ولوا القضاء امرأة ، وهكذا سائر الولايات العامة ، كإمارة البــلاد ، وقيادة الجيش ، وما ماثل هذا [2].

---

(١) المحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٤٢٩ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

(٢) محاضرات فى علم القضاء ، مصدر سابق ، ص ٦٦ .

الدليل الثالث : الإجماع :

ادعى أصحاب هذا الرأى الإجماع [١] على منع المرأة من تولى القضاء ، وقالوا : قبل أن يعرف خلاف فى مسألة قضاء المرأة كان الإجماع منعقدا على عدم جواز توليتها هذا المنصب ، وعدم صحة التولية ، فلا يعتد بخلاف من خالف بعد ذلك ، قال تبارك وتعالى : ﴿ **ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا** ﴾ [٢].

مناقشة هذا الدليل : نوقش هذا الدليل بما يأتى :

أولا : أن الإجماع لا يمكن تحققه ، وعلى فرض أنه ممكن التحقيق ، فلا يمكن لنا أن نعلم بحدوثه ؛ لأن من المحتمل أن يكون هناك مخالف لم نعلمه ، ومن أين لنا أن ابن جرير الطبرى ، وابن القاسم ، وابن حزم ، والحنفية غير مسبوقين بما ذهبوا إليه ؟

ما أجيب به عن المناقشة :

أجيب عن هذه المناقشة : بأن علماء الأصول قد أثبتوا أن الإجماع ممكن التحقق ، وأنه يمكن الاطلاع عليه ، فهذه القضية قد حسمها علم أصول الفقه .

---

(١) الإجماع – كما عرفه علماء أصول الفقه – هو : اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ فى عصر غير عصر رسول الله على حكم شرعى ، والإجماع حجة شرعية ، وهو المصدر الثالث بعد الكتاب الكريم أو السنة الشريفة ، لما روى أن رسول الله ﷺ قال : " لا تجتمع أمتى على ضلالة " .

(٢) سورة النساء الآية ١١٥ .

وبعد بذل الجهد فى البحث والتحرى عن المخالف لرأى الجمهور لم نعثر إلا على قول بالجواز منسوب إلى ابن جرير الطبرى ، وقد ثبت عدم صحة النقل عن ابن جرير [1].

رد على الإجابة :

يمكن أن نرد على هذه الإجابة : بأنه نقل ابن عبد السلام من علماء المالكية أن الحسن البصرى قال بإجازة ولاية المرأة القضاء مطلقا ، وثبت عن علماء موثوق بهم نسبة القول بجواز تولية المرأة القضاء إلى ابن جرير ، ومن المستبعد أن يكون الحسن وابن جرير خالفا أمرا مجمعا عليه ، وثبت أيضا عن ابن القاسم وابن حزم أنهما قالا برأى ابن جرير الطبرى والحسن البصرى ، فابن جرير الطبرى مسبوق هو وابن القاسم وابن حزم بالحسن البصرى ، الذى نسب إليه ابن عبد السلام من المالكية القول بجواز أن تتولى المرأة القضاء [2].

كما أنه ثبت النقل عن ابن جرير أنه قال بجواز أن تتولى المرأة القضاء ، وما أثير حول صحة هذه النسبة إلى ابن جرير لم يثبت ، وثبت صحة نسبة رأى ابن جرير إليه .

ثانيا : نوقش الاستدلال بالإجماع أيضا بأنه على التسليم بأن الإجماع حجة شرعية ، وأنه يمكن تحققه فإن الإجماع المدعى لم يصح أى لم يثبت إجماع على عدم تولية المرأة الولايات العامة ؛ لأنه ثبت أن السيدة عائشة رضي الله عنها

---

(١) محاضرات فى علم القضاء ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ، بشرح مختصر خليل ، للحطاب ، جـ ٦ ، ص ٨٧ ، ٨٨ .

تولت قيادة الجيش ، وتزعمت الثورة ضد على ابن أبى طالب ، ومعها من خيرة الصحابة أمثال الزبير بن العوام ، وابنه عبد الله ، وطلحة بن عبيد الله ، ولم ينكروا عليها •

فهذا دليل على عدم صحة دعوى الإجماع ، ويدل فى نفس الوقت على جواز تولية المرأة القضاء • لأن القضاء أقل خطرا ، وأدنى إلى أن تصون المرأة نفسها من قيادة الجيش ، وتزعم الثورات [1]•

ما أجيب به عن هذه المناقشة :

أجيب عن هذه المناقشة : بأن السيدة عائشة ـ رضى الله تعالى عنها ـ لم تخرج زعيمة لثورة ، أو قائدة لجيش •

أما أنها لم تخرج زعيمة لثورة ، فيدل عليه أنه لم ينقل أحد من المؤرخين أن عائشة ومن معها نازعوا فى الخلافة •

وأما أنها لم تكن قائدة لجيش ، فلأن الثابت من كتب التاريخ أنها خرجت بتأثير جماعة يتزعمهم طلحة والزبير ، أرادوا أن يوفقوا بين الناس ، ويزيلوا ما بينهم من أسباب الخلاف بما فى ذلك أمر قتلة عثمان ، ورأوا أن وجود السيدة عائشة معهم ، وهى أم المؤمنين ، زوج رسول الله ﷺ ، يمكن أن يؤدى إلى انضمام الناس إليهم ، وأقنعوها بأن فى خروجها إصلاحا بين الناس ، فخرجت لذلك •

يقول ابن العربى المفسر المعروف فى كتابه أحكام القرآن : " وأما خروجها إلى حرب الجمل فما خرجت لحرب ، ولكن تعلق الناس بها ، وشكوا

---

(١) نظام القضاء فى الإسلام ، مصدر سابق ، ص ٣٥ •

إليها ما صاروا إليه من عظيم الفتنة ، وتهارج الناس ، ورجوا بركتها في الإصلاح ، وطمعوا في الاستحياء منها إذا وقفت إلى الخلق ، وظنت هي ذلك فخرجت مقتدية بالله في قوله : ﴿ لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ﴾ (١) ، وبقوله (٢) : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ﴾ (٣) ، وكاد الصلح أن يتم بين الفريقين المتنازعين ، ولكن الأمور تطورت إلى غير ما يرجون ، بفعل دعاة الفتنة من قتلة عثمان ـ رضى الله تعالى عنه ـ ، الذين خافوا أن يُدفعوا إلى القتل إذا تم الصلح بين الفريقين .

كان خروج عائشة اجتهادا ، وقد ثبت رجوعها عن اجتهادها :

على أن خروج السيدة عائشة ـ رضى الله تعالى عنها ـ كان اجتهادا منها ، وقد ثبت أنها رجعت عن اجتهادها ، وخطأت نفسها في ذلك ، فلا حجة في فعلها حتى لو فرضنا جدلا أنها كانت قائدة لجيش ، روى الطبري بسند صحيح عن أبي يزيد المديني ، قال : قال عمار بن ياسر لعائشة لما فرغوا من الجمل : ما أبعد هذا السير من العهد إليكن ـ يشير إلى قوله تعالى : ﴿ وقرن في بيوتكن ﴾ (٤) ـ ، فقالت : أبو اليقظان ؟ قال : نعم ، قالت : والله إنك ـ ما علمت ـ لقوال بالحق ، قال : " الحمد لله الذي قضى لي على لسانك " (٥).

---

(١) سورة النساء آية رقم ١١٤ .

(٢) سورة الحجرات ، آية رقم ٩ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ، المجلد ٣ ، ص ٣٦ .

(٤) سورة الأحزاب ، الآية ٣٣ .

(٥) فتح الباري لابن حجر ، جـ ١٦ ، ص ١٦٦ ، وما بعدها ، ومحاضرات في علم القضاء ، مصدر سابق ، ص ٦٩ ـ ٧١ .

الدليل الرابع : القياس :

الإجماع قام على عدم جواز أن تتولى المرأة رئاسة الدولة ، استنادا لحديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ، وطبيعة المرأة تؤيد هذا ، فهى بحكم غريزة الأمومة عاطفية ، سريعة التأثر ، سهلة الانقياد ، وبحكم ما يعتريها من الأمور الطبية الخاصة بالنساء ، من الحيض ، والحمل ، والولادة على مر الشهور ، والأعوام ، أضعف من أن تصل إلى الرأى الصائب الذى يحتاج إلى الاجتهاد وإعمال الفكر وتدافع عنه ، وتواجه المشاكل بقدم ثابتة وقلب جرئ ، فيقاس القضاء على رياسة الدولة ، بجامع أن كلا منهما ولاية عامة ، فتكون ممنوعة من تولى القضاء ، كما أنها ممنوعة من تولى رياسة الدولة .

مناقشة هذا الدليل :

نوقش هذا الدليل : بأن الأنوثة تصلح علة تمنع المرأة من تولى رياسة الدولة ؛ لأن هذا المنصب يحتاج شاغله إلى الحزم والعزم ، والإقدام والهيبة ، وهى أمور لا تتوافر للمرأة غالبا ، بل إننا نجد بعض القادة من الرجال تنهار أعصابهم إذا تعرضوا لموقف صعب من المواقف التى تتعرض لها الدول والشعوب ، فكيف إذا تعرضت المرأة لمثل ذلك .

ولكن الأنوثة فى جانب القضاء لا تصلح أن تكون علة لمنع المرأة من تولى هذا المنصب ، بل الأنوثة وصف طردى لا تأثير له ، إذ قد ثبت بالإجماع – ولا أقل من اتفاق الخصوم – أن الأنوثة لا تأثير لها فى الولاية الخاصة ، كالوصاية على اليتيم ، أو الولاية على الوقف فكذلك القضاء ؛ لأن مناط الحكم هو القدرة على الولاية دون نظر إلى عموم أو خصوص [1].

---

(١) نظام القضاء فى الإسلام ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

ما أجيب به عن هذه المناقشة :

أجيب عن هذه المناقشة بأمرين :

الأمر الأول : أن الأنوثة مظنة الإخلال ، أو عدم قيام المرأة قياما كـــاملا بأعباء الولاية ، والأعباء الكبيرة موجودة فى كل ولاية من الولايات العامة ــ ومنها القضاء ــ فلا يجوز تولية المرأة أى ولاية من الولايـــات ، ولـــولا أن الإجماع قد قام على استثناء بعض الولايات فجـــاز أن تتولـــى المـــرأة هـــذه الولايات التى قام الإجماع على جوازها اكتفاء بالقدرة فيها ، لقلنا أيضا بأنه لا يجوز للمرأة تولى أى نوع من الولايات ، وتخصيص العلة بدليل هو الراجـــح عند علماء الأصول [1].

ويمكن أن نجيب : بأن الولايات العامة يلاحظ فيها أهلية من سيقوم بـــها ، وإذا توفرت الأهلية فى المرأة فقد توفر الشرط فى من يرشح لها .

الأمر الثانى : أن القول بوجود الفارق بين ولاية القضاء ورياسة الدولة ، وهو القدرة فى ولاية القضاء دون رياسة الدولة ــ مع أن كلا منـــهما ولايـــة عامة ــ تحكم محض ، والمساواة بين القضاء والوصاية على اليتيم نوع آخـــر من التحكم الذى لا يستند إلى دليل ، وهذا مرفوض فى البحث العلمى [2].

الدليل الخامس : ربما كانت المرأة ذات جمال باهر ، فتحـــدث فتنـــة ، وربما كان كلامها فتنة ، فيحدث الممنوع شرعا ، ومـــا أدى إلـــى الممنـــوع ممنوع .

---

(١) المصدر السابق ، ص ٧٣ .

(٢) المصدر السابق ، ص ٧٣ .

ويمكن أن يجاب : بأنه تتخذ من الاحتياطات ما يمنع ذلك .

الدليل السادس : القضاء أكبر من حال الإمامة في الصلاة ، ولما كان لا يجوز للمرأة أن تكون إمامة الرجال في الصلاة ، مع جواز إمامة الفاسق ، كان منعها من القضاء الذي لا يصح من الفاسق من باب أولى .

الدليل السابع : القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال ، فهو محتاج إلى مخالطتهم ، والمرأة مأمورة بالتخدر ، فهي ليست أهلا للحضور في محافل الرجال [1] .

ويمكن أن نجيب : بأن حضور المرأة في محافل الرجال ليس ممنوعا دائما ، وإنما الأصل الإباحة ما لم يكن هناك تخوف من فتنة ، أو كان اختلاطا مرذولا .

الدليل الثامن : القضاء يحتاج إلى كمال الرأي ، وتمام العقل والفطنة ، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأي ، وقد نبه الله عز وجل على نسيان النساء بقوله تبارك وتعالى في مقام الشهادة : ﴿ **فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** ﴾ [2] .

فالنساء – في الغالب – حتى لو كان بعضهن شديد الذكاء وأفضل من كثير من الرجال ، معرضات للنسيان ، وهذا مؤثر لا شك على استخدام الملكة العقلية ، ولعل السبب في هذا ما يعتري المرأة من أمور غالب الظن أنها مؤثرة في قوة التذكر وكمال العقل ، كالمرض الشهري ، والحمل ، والولادة ،

---

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، لابن حجر العسقلاني ، جـ ١٣ ، ص ١٥٧ ، ونهاية المحتاج للرملي ، شرح منهاج الطالبين للنووي ، جـ ٨ ، ص ٢٢٦ .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

وما يصاحبهما من ثقل وآلام ، وحمل لهموم الصغار ليلا ونهارا ، وما يغلب في شأنها من قوة العاطفة التي يمكن أن تكون مؤثرا خطرا على كمال قدراتها العقلية حين الالتجاء إلى الملكة العقلية في حل المستعصي من المشكلات ، والعويص من القضايا ، فالعاطفة وشدتها يمكن أن تشوش على العاقل ، حتى لو كان حاد الذكاء شديد الفطنة ٠

ويمكن أن نجيب : بأنه لو سلم هذا الكلام لكانت المرأة ممنوعة أيضا من الإفتاء ، فالإفتاء هو : إظهار لحكم شرعي كالقضاء ، مع اختلافهما في أن القضاء ملزم والإفتاء غير ملزم ، فإذا كان ما قلتموه يؤثر على المرأة عند إبداء الحكم الشرعي على منصة القضاء فإن هذا يمكن أن يكون مؤثرا أيضا عند إبداء الحكم الشرعي في الإفتاء ، فتكون ممنوعة من الإفتاء ، ولا نظن أن أحدا قال بذلك ٠

الدليل التاسع : لو كانت المرأة تصلح لقضاء لثبت توليتها هذا المنصب في عصر رسول الله ﷺ ، أو عصر الخلفاء الراشدين ، ولكن لم ينقل أن رسول الله ﷺ ولاها القضاء ، أو ولاية بلد من البلاد ، ولا ولاها أحد من الخلفاء الراشدين ذلك ، ولا من بعدهم ، ولو جاز ذلك لما خلا منه الزمان غالبا [1].

ويمكن أن يجاب عن هذا : بأن عدم الوقوع لا يدل على عدم الجواز ، ومثل هذا الأمر قد يلاحظ الحاكم فيه المواءمة والملاءمة ، فتعيين المرأة قاضية قد يكون مباحاً لكن ظروف العصر والمجتمع قد لا تتلاءم مع وجود المرأة على منصة القضاء ٠

---

(١) محاضرات في علم القضاء ، مصدر سابق ، ص ٦٣ ٠

دليل رأى الحنفية :

أما الحنفية وهم القائلون بأنه لا يجوز تولية المرأة القضاء ، لكن لو وليت وحكمت في بعض القضايا ، فإنه ـ مع إثم من ولاها ـ لا ينفذ قضاؤهـا إلا فى الأمور التى تصح فيها شهادتها ، مثـل مسـائل الرضـاع ، والـولادة ، والأموال وما ماثل هذا ، وهى ما عدا مسائل الحدود والقصاص ، فقد اسـتدلوا على عدم جواز توليتها القضاء بالأدلة التى استدل بها جمهور العلماء ، وكـان مقتضى هذا أن تكون هذه الأدلة أيضا دالة على عدم صحة توليها القضـاء ، إلا أنهم استدلوا على صحة قضائها فى غير مسائل الحدود والقصـاص ، أى نفاذ حكمها ـ مع إثم من ولاها ـ بأن القضاء يشارك الشهادة فى باب الولاية ، والمرأة يصح لها أن تشهد فى غير الحدود والقصاص عند جمهور العلمـاء ومنهم الحنفية ، فيصح أن تكون قاضية فى غير الحدود والقصاص [1].

مناقشة استدلال الحنفية :

أجيب عن هذا الاستدلال بأمرين :

الأول : أن الولاية فى الشهادة تغاير الولاية فى القضاء ، وهذا يستلزم أن تكون الأهلية فى الشهادة مغايرة للأهلية فى القضاء .

فمع أن كلا من القضاء والشهادة ولاية إلا أن الولاية فى القضاء عامـة شاملة ، والولاية فى الشهادة ليس فيها العموم والشمول ، بـل هـى خاصـة

---

(١) شرح فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ولسان الحكام ، ص ٢٤ ، أما قول الحنفيـة بأن لا ينفذ قضاء المرأة فى القصاص والحدود فيستند إلى القياس الأولوى على الشهادة . نظام القضاء فى الإسلام ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

قاصرة ، وليس كل من يصلح لتولى الأمور الخاصة صالحا لتولى الأمور العامة [1].

وأيضا فإن ولاية القضاء تلزم الحق بدون واسطة ، وأما ولاية الشهادة فلا تلزم إلا بواسطة حكم القاضى ، فالفارق متحقق بين الولايتين ، وإذا تحقق الفارق فلا يصح أن تبنى إحداهما على الأخرى [2].

الثانى : أن أدلة جمهور العلماء أفادت نفى جواز أن تتولى المرأة القضاء ، وهذا يستتبع نفى الصحة ، فإذا كنتم ـ أيها الحنفية ـ ترون كما يرى جمهور العلماء عدم جواز تولى المرأة القضاء فإن هذا يستلزم أن يكون حكمها غير صحيح .

الرد على المناقشة :

أجيب عن الأمر الثانى : بأن ما استدل به الجمهور غاية ما يفيد أنه لا يجوز تولية المرأة القضاء ، والكلام فيما لو وليت هذا المنصب وأثم موليها بذلك ، أو حكمها خصمان ، فقضت قضاء يوافق أحكام الشرع أكان ينفذ قضاؤها أم لا ينفذ ؟ لم يقم دليل على عدم جواز التنفيذ بعد موافقة ما أنزل الله من الشرع ، إلا إذا ثبت شرعا سلب أهليتها ، ولا يوجد فى الشرع ما يسلب أهلية المرأة فليس فى الشرع إلا نقصان عقلها ، ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية ؛ يؤيد هذا أنها تصلح شاهدة وناظرة فى الأوقاف ووصية على اليتامى ، ونقصان عقلها بالنسبة والإضافة ، ثم هو منسوب إلى

---

(١) قد يكون عند بعض الأشخاص القدرة على إدارة متجر ، أو مصنع ، ومع هذا لا يصلح لتولى بعض الولايات العامة كرياسة الدولة ، أو الوزارة أو غير ذلك من الولايات العامة .

(٢) محاضرات فى علم القضاء ، لأستاذنا الدكتور / عبد العال عطوة ، ص ٤٨ .

جنس النساء فيجوز فى الترد خلافه ، فالعلماء يصرحون بصدق أن تقـــول : الرجل خير من المرأة ، مع أنه يجوز أن تكون بعض أفراد النساء خيرا مــن بعض أفراد الرجال ، ولهذا النقص الغريزى نسب ﷺ لمن يوليهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين ، ولهن بنقص الحال ، وهذا حق لكن الكـــلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق [1].

دليل من قال بجواز توليتها :

استدل لهذا الرأى بما يأتى :

الدليل الأول : الأصل [2] هو أن كل من تكون عنده مقدرة الفصـــل فـــى قضايا الناس ، يكون حكمه جائزا ، هذا هو أصل عام ، أى قاعدة كلية ، وقـــد خصص الإجماع هذا الأصل العام ، فأجمع العلماء على عدم جـــواز توليـــة المرأة رياسة الدولة ؛ لوجود الحديث المفيد هذا الحكم ، فيكون ما خصصـــه الإجماع هو المستثنى من هذا الأصل العام ، ويبقى ما عداه على الحكم الأصل وعلى هذا يصح للمرأة أن تتولى القضاء ، ولا تعد أنوثتها مانعـــا ؛ لأنـــها لا تؤثر فى فهمها للحجج ، وفصلها فى الخصومات [3].

---

(١) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٩٨ .

(٢) كلمة أصل تستعمل فى اللغة العربية بعدة معان ، منها ما يبنى عليه غيره ، كمـــا إذا قلنـــا : الأساس أصل الحائط ، ومنها الدليل ، كقولنا : الأصل فى وجوب الصلاة قولـــه تعـــالى : ﴿وأقيموا الصلاة﴾ ومنها القاعدة ، كقولنا : الأصل فى الأشياء الإباحة .

(٣) بداية المجتهد ، لابن رشد ، جـ ٢ ، ص ٥٦٤ ، ٥٦٥ ، وتكملة المجموع الثانيـــة لمحمـــد نجيب المطيعى شرح المهذب للشيرازى ، جـ ١٩ ، ص ٩١١ ، وتبصرة الحكـــام لابـــن فرحون ، بهامش فتح العلى المالك ، جـ ١ ، ص ٢٤ .

مناقشة هذا الدليل :

أولا : المرأة غير قادرة على أن تفصل فى الخصومات على الصورة الكاملة ؛ للنقصان الطبعي فيها ، ولأنها تنساق كثيرا وراء العاطفة ، ولتعرضها للأمور الطبيعية التى تخص النساء ، من حيض ، وحملى وولادة ، وإرضاع ، وهذا مما يؤثر على قدرتها على فهم حجج المتخاصمين ، وتكوين الحكم الكامل لديها ، وطبيعتا تعرضها للنسيان ، وهو ما قد يؤدى إلى أن يفوتها شئ من الأدلة أو وقائع القضية التى تنظرها .

ويمكن أن يجاب بأنه لو كان ما ذكرتموه مانعا من القضاء لكان مانعا من الفتوى ، وهذا لا يصح .

ثانيا : هذا القول منقوض برياسة الدولة ، إذ أن المرأة قد تكون لها القدرة على أن تقوم بأعباء هذا المنصب ، ومع ذلك فإن العلماء مجمعون على أنه لا يجوز لها أن تتولاه [1].

ويمكن أن يجاب عن هذا : بأن القائلين بالجواز استثنوا رياسة الدولة لوجود الإجماع على منعها من توليها ، المستند إلى الحديث : " لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " . وهذا نظير عود الاستثناء فى قوله تبارك وتعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾ . فإن الجمهور الذين يرون عود الاستثناء على جميع الجمل السابقة عليه يرون فى نفس الوقت عدم سقوط الحد ، لأن الحد فى القذف لا يسقط بالإجماع فكذلك هنا .

(١) محاضرات فى علم القضاء ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

الدليل الثاني : المرأة يجوز لها أن تكون مفتية ، فيقاس القضاء على الإفتاء ، بجامع أن كلا منهما مظهر للحكم الشرعي ، فيجوز أن تكون قاضية .[1]

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الدليل : بأنه قياس مع الفارق ، والقياس مع الفارق لا يصح ، والفارق هنا من ناحيتين :

الناحية الأولى : أن القضاء ولاية ، والفتيا ليست كذلك [2] .

الناحية الثانية : أن المستفتي له أن يأخذ الفتوى وأن يدعها ، بخلاف القضاء فإنه حكم ملزم .

ما أجيب به عن المناقشة :

أجيب عن هذه المناقشة : بأن الفتوى أيضا قد تكون ملزمة ، وذلك حين لا يكون هنالك إلا واحد يصلح للإفتاء ، ولم يستثنوا هذه الحالة من أهلية المرأة للفتوى ، مع أنها إذ ذاك ولاية ، فالفتيا ولاية في الجملة هنا ، أي ولاية في بعض المسألة التي نحن بصددها .

الرد على الجواب :

رد بعض العلماء بأن الإلزام هنا للضرورة ، ومن المعروف أن الضرورة لها أحكام خاصة تخالف أحكام حالة الاختيار ، وموضوع الخلاف مفروض في حالة الاختيار ، ولهذا لو وجدت حالة الضرورة في قضاء المرأة ، بأن ولاها سلطان ذو شوكة (قوة) ، فإنه ينفذ قضاؤها ؛ لئلا تتعطل

---

(١) المغني جـ ٦ ، ص ٣٩ .

(٢) معنى الولاية : إنفاذ القول على الغير شاء أم أبى ، فالولاية ظاهرة في القضاء ، وأما الفتوى فليس فيها ولاية أصلا .

مصالح الناس ، كما قال العلماء ، وبهذا يظهر أن حالة الضرورة الملزمة فـي إفتاء المرأة هي حالة استثنائية [1].

الدليل الثالث : قياس القضاء على الحسبة ، وقـد روي أن عمـر بـن الخطاب ــ رضى الله تعالي عنه ــ ولى لمرأة كانت تدعى أم الشفاء ولايـة الحسبة على السوق [2] ، **فيجوز تولية المرأة القضاء قياسا علـى الحسـبة** ،

---

(١) **محاضرات فى علم القضاء ، مصدر سابق ، ص ٧٩ ٠**

(٢) الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وسيلة من وسائل إصلاح المجتمعات ، وهو واجب لابـد من تأديته فى المجتمع الإسلامى ، وهو أحد الواجبات الكفائية ، أى التى إذا فعلها البعـض سقط عن الباقين ؛ لقول الله عز وجل : ﴿ **ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخـير ويـأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر** ﴾ ، فلابد من وجود طائفة فى المجتمع ، تأمر بـالمعروف وتنهى عن المنكر ، والحسبة هى أمر بمعروف ونهى عن المنكر ، وإذا قام الشخص بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من غير تعيين له من الدولة كان متطوعا بالحسبة ، ويسـميه الفقهاء المتطوع ، وأما إذا ما عينته الدولة لهذه الوظيفة يسمى محتسبا أو والـى الحسـبة ، فالحسبة إذن وظيفة دينية شبه قضائية تقوم على فكرة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ومع أن أفراد المجتمع الإسلامى كلهم لهم الحق فى الأمر بالمعروف والنهى عـن المنكـر امتثالا لما أمر به الشرع إلا أنه كان فى بعض العصور الإسلامية يخصص لذلك موظـف خاص يسمى المحتسب ٠ يقول ابن خلدون عن الحسبة : وظيفة دينيـة مـن بـاب الأمـر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى هو فرض على القائم بأمور المسلمين ، يعين لذلك مـن يراه أهلا له ، فيتعين فرضه عليه، ويتخذ الأعوان على ذلـك ، مقدمـة ابـن خلـدون ، ص٢٢٥ ، وكان من مهام المحتسب أعمال متعددة ، مثل منع اختلاط الرجال بالنساء فـي الطرقات ، ومنع الغش فى المكاييل أو الموازين ، أو السلع ، وتكليف أصحاب الحيوانـات بإطعامها ، والأمر بسداد الديون إذا تقدم الدائنون إليه بذلك ، وإزالة المبانى الآيلة للسـقوط خوفا من وقوعها على الناس ، وعقاب المجاهرين بشرب الخمور أو الملاهى المحرمة ٠

لكن هذا الأثر المروى عن عمر لم يثبت ، كما بين العلماء وذكرناه فى مناقشة هذا الدليـل ، بقى أن نقول : إن وظيفة الحسبة يقوم بها فى العصر الحديث علماء الدين ، ورجال الشرطة ورجال حماية الآداب ، ومفتشوا التموين والصحة والمسئولون عن المكاييل والموازيـن ٠ ورجال الشئون البلدية ٠

بجامع أن كلا منهما ولاية عامة ، فالأصل المقيس عليه هذا هو الحسبة ، والفرع المقيس هو القضاء ، والعلة الجامعة فيهما هي أن كلا منهما ولاية عامة ، والحكم هو جواز تولي المرأة الحسبة فجاز بناء على هذا القياس توليتها القضاء ، وقد استدل بهذا ابن حزم [١] . لكن هنا ملاحظة نحب أن نبينها هي أن غير ابن حزم استدل بهذا الأثر عن عمر على أنه استدلال بالقياس ، فقاس القضاء على الحسبة ، أما ابن حزم فمذهبه الفقهي والأصولي أن القياس ليس مصدرا من مصادر التشريع ، وهو مذهب الظاهرية الذي ينتمي إليه ابن حزم ، قال ابن حزم : " ولا يحل الحكم بقياس ؛ ولا بالرأي ، ولا بالاستحسان ، ولا بقول أحد ممن دون رسول الله ﷺ ، دون أن يوافق قرآنا أو سنة صحيحة ؛ لأن كل ذلك حكم بغالب الظن ، وقد قال الله تعالى : **﴿ إن الظن لا يغني من الحق شيئا ﴾** وقال تعالى : **﴿ إن يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس ولقد جاءهم من ربهم الهدى ﴾** وقال رسول الله ﷺ : " إياكم والظن ، فإن الظن أكذب الحديث " [٢].

ولهذا فإن ابن حزم لم يسق هذا الأثر ليقيس القضاء على الحسبة وإلا لكان وقع في خطأ هو استدلاله بالقياس مع أن القياس لا يستدل به الظاهرية ، وإنما كانت عبارة ابن حزم في كتابه المحلى : " وجائز أن تلي المرأة الحكم ، وهو قول أبي حنيفة ، وقد روي عن عمر بن الخطاب ، أنه ولى الشفاء ــ امرأة من قومه ــ السوق " [٣].

---

(١) المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٤٢٩ .

(٢) المحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٦٣ .

(٣) المصدر السابق ، جـ ٩ ، ص ٤٢٩ .

وغالب الظن أن ابن حزم يرى أن المرأة التى يروى أن عمر بن الخطاب ولاها السوق ، تولت القضاء والفصل فى الخصومات التى تحدث بين أهل السوق ، فلم يذكر ابن حزم هذا الأثر ليقيس القضاء على عمل المرأة التى روى أن عمر ولاها السوق ، وإنما فى غالب الظن هو يرى أن هذا العمل هو فى حقيقته نوع من القضاء ٠

مناقشة الدليل :

أجيب عن هذا الدليل بما يأتى :

أولا : أن فعل عمر ليس حجة ؛ لأنه لا حجة لكلام أحد أو فعله سوى رسول الله ﷺ ، كما هو الراجح عند علماء الأصول ، ولم يدع أحد من العلماء أنه لم يعرف لفعل عمر مخالف ، حتى يكون إجماعا تتحصن وتثبت به الدعوى ٠

وقد علق بعض الباحثين [1] على استدلال ابن حزم بفعل عمر مع أنه ينفى حجية رأى الصحابى ،قائلا : وأعجب من هذا أنه خالف عادته عند الاستدلال بهذا الأثر ، فلم يذكر له سندا ، أو درجة ، وأعجب من العجب أن يستأنس هنا بقول أبى حنيفة مع أنه أوسعه فى غير هذا الموضع تشنيعا ، وتجريحا ٠

والأعجب من ذلك كله أنه يرى أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها ، ثم يرى هنا تقليدها القضاء لتزوج غيرها بمقتضى ولاية القضاء ٠

ونقول : من الممكن أن يتولى عقد الزواج فى حال المرأة التى لا ولى لها قاض رجل ، ولا تتولاه المرأة إذا كانت قاضية ، وهذا لا مشقة فيه ٠

---

(١) أستاذنا الدكتور / عبد العال عطوة فى محاضرات فى علم القضاء ، ص ٨٠ ٠

ثانيا : سلمنا جدلا أن فعل عمر حجة ، لكن هذا الأثر بالذات لـم يثبـت عنه ، ولهذا يقول ابن العربى : " وروى أن عمر قدم امرأة على حسبة السوق ، وهذا لم يصح ، فلا تلتفتوا إليه ، إنما هـو مـن دسـائس المبتدعـة فـى الأحاديث " [1].

الدليل الرابع : أنه ثبت أن الشرع أعطى للمرأة حق الولاية علـى بيـت زوجها ، وقيامها على إدارته وتدبيره ، فيجوز توليتها القضاء قياسـا علـى ولايتها على بيت زوجها ، بجامع أن كلا منهما ولاية ، روى أحمد ، ومسـلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : " كلكم راع ، وهو مسئول عن رعيته ، الإمام راع ، وهو مسئول عن رعيته ، والرجل فى أهله راع ، وهو مسـئول عن رعيته ، والمرأة فى بيت زوجها راعية ، وهي مسئولة عـن رعيتـها " الحديث •

مناقشة الدليل :

أجيب عن هذا : بأن ولايتها على بيت زوجها ولاية خاصة ، أما ولايـة القضاء فولاية عامة ، فلا يصح القياس هنا •

الدليل الخامس : قياس القضاء على الشهادة : وبمـا أن الشـهادة ثابتـة للمرأة بنص القرآن الكريم ، من قول الله تبـارك وتعـالى : ﴿ **واستشـهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون مـن الشهداء** ﴾ [2] . فيثبت لها ولاية القضاء بطريق القياس •

---

(1) أحكام القرآن لابن العربى ، ص ٣ ث ١٤٤٥ ، ونظام القضاء فى الإسلام ، مصدر سـابق ، ص ٣٩ ، ومحاضرات فى علم القضاء ، مصدر سابق ص ٨٠ •

(2) سورة البقرة الآية ٢٨٢ •

مناقشة الدليل :

نوقش هذا الدليل بمثل ما نوقش به الدليل الرابع ، أي أنه لا يصح قياس ولاية القضاء على ولاية الشهادة ؛ لأن ولاية القضاء عامة ، وولاية الشهادة خاصة .

وبعد ، فقد كنت فى الطبعات السابقة لهذا الكتاب قلت : إنه يصح تولية المرأة القضاء فى القضايا التى يكون طرفا الخصومة فيها من النساء ، كالحوادث التى تحدث بينهن فى مجالسهن الخاصة ، والمعاملات التى تجرى بينهن ، ولكن اجتهادى تغير وأقول الآن بجواز تولية المرأة القضاء ، لأن القضاء فى الحقيقة ما هو إلا إظهار الحكم الشرعي في قضية من القضايا ، فالقضاء فى الحقيقة هو كالفتوى ، كما بيّنا ، ولا أظن أن أحدا يجادل فى أن كلا من الرجل والمرأة يستويان فى هذه الناحية ، فكما أن الرجل له حق الفتوى فإن المرأة أيضا لها هذا الحق ، وغاية ما هنالك أن القضاء فيه إلزام بخلاف إظهار الحكم الشرعى من المفتى مثلا ، لكن يمكن أن نقول إن الإلزام بما حكم به القاضى إنما جاء من الشـــرع ، لا من القاضى ، وواسطة التنفيذ هنا هى الحاكم ، والذى دعا إلى وجـــوب تنفيـذ قضـاء القاضى هو مصلحة الأفراد والجماعات .

ولا أدرى ما الفرق — من ناحية صحة الحكم شرعا — بين أن يسأل البعض المرأة الفقيهة عن الحكم في مسألة من المسائل على سبيل الفتوى، فتجيب بما فتح الله عليها وأن يجلس أمامها طرفان لكل منهما حجة ، فتستمع لكل طرف ، ثم تبين الحكم الشرعي فيما سمعته على سبيل القضاء ، لا أرى فارقا بيـن الصورتيـن إلا فيما يترتب على القضاء من الإلزام فى التنفيذ ، وهو فرق لا يخرج الفتوى عن أن تكون أيضا واجبة التنفيذ شرعا إذا اطمأن قلب المستفتى إلى صحة ما أجابه المفتى، وعلم أن تطبيق الفتوى إذا اطمأن القلب إليها أمر واجب فالأحكام الشرعية واجبـة التطبيق ، سواء كان بيانها عن طريق القضاء أو الفتوى التى وثق المستفتى بمـن أفتاه .

والإلزام فى القضاء لم يكن نظاما لابد منه إلا لأنه يحقق الفصل النهائى فـى القضايا وما يحدث بين الناس من تعد على الحقوق ، ولو لم يكن الإلزام من طبيعة

القضاء لضاع كثير من حقوق الله وحقوق الناس ، ولأصبح وصول الإنسان إلى حقه مرهونا فى كثير من الأحيان برضا مغتصب هذا الحق ، إن شاء رضى بحكم القاضى فيحصل صاحب الحق على حقه ، وإن شاء لم يرض بحكم القاضى ، فلا يصل الحق إلى صاحبه ، وهذا وضع مرفوض شرعا وعقلا .

لكن كما أن على الشخص أن ينفذ ما حكم به القاضى لطبيعة القضاء الإلزامية، فإن على الشخص كذلك أن ينفذ ما أفتاه به المفتى إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن ما أفتى به هو الحق .

فالمرأة قاضية لم يتغير وضعها عن المرأة مفتية إلا من حيث الإلزام ، والإلزام كما بينا يكون أيضاً فى الإفتاء عند غلبة الظن بصحة الفتوى من الناحية الشرعية .

وإذا قلنا بتولى المرأة القضاء فإننا نقول أيضاً ـ فى نفس الوقت ـ باستحباب أن يكون ذلك فى غير مسائل القصاص والحدود ؛ لأنه ثبت أن المرأة بتكوينها النفسى والعاطفى قد تضعف عن نظر قضية قتل ، وقد نشرت صحيفة الاتحاد التى تصدر فى أبو ظبى ، يوم الثلاثاء الموافق ٢٣ من فبراير سنة ١٩٨٨ ، أن قاضية فى روما أصيبت بالإغماء عند سماعها تفاصيل جريمة قتل رهيبة حدثت فى إيطاليا قام فيها المجرم بتقطيع أوصال المجنى عليه قبل أن يفارق الحياة ، ولك أن تتصور أيها القارئ ما يحدث فى جلسة محاكمة عندما تصاب القاضية بالإغماء ، فاستحباب عدم تولى المرأة القضاء فى قضايا القصاص ملاحظ فيه أنه يصون المرأة من أن تتعرض لموقف يهز وجدانها وعواطفها . وكذلك يستحب فى قضايا الحدود ؛ ومع أنه لا يصح لها عند جمهور العلماء أن تشهد فيها ولا فى قضايا القصاص ، ومع أننى أرى الرأى القائل بجواز شهادتها فى القصاص والحدود ، وهو ما يراه الأوزاعى كما حكاه صاحب البحر الزخار ، ويراه ابن حزم الظاهرى، وهو ما رجحه الشوكانى كما سنبين ذلك عند الكلام عن مراتب الشهادة ، فإننى أرى أن من المستحب أن لا تكون قاضية فيهما ، ولا نتصور أن تنظر المرأة قضية جريمة الزنا ، ولا يؤدى سماعها لتفصيل وصف الشهود لوقوع الجريمة إلى إيذاء مشاعرها ، وجرح أنوثتها ، وخدش حيائها .

الشرط الخامس من شروط القاضى : العدالة :

ليس المقصود بالعدالة هنا أن يكون الشخص عادلا فى أحكامه كما قد يتبادر إلى ذهن القارئ الذى ليس له دراية بأساليب الفقهاء ، بل لهذه الكلمة معنى آخر يريده العلماء ، فعندما يشترط العلماء العدالة فى الشخص ، فإنهم يقصدون بها استعدادا ذاتيا يمنعه من ارتكاب الجرائم والمخالفات التى نهى الشرع عنها ، بل ويقصدون أيضا أن استعداده الذاتى يمنعه من فعل الأمور التى لم ينه الشرع عنها ، لكنها لا تليق بأمثاله بحسب عرف الناس فى زمانه ومكانه .

توضيح معنى العدالة عند العلماء :

اختلفت عبارات العلماء فى توضيح حقيقة العدالة ، فقال بعض العلماء من الحنفية : من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج فهو عدل ، أى أنه لم يتهم بأكل الحرام كالربا والسرقة ، والغصب ، وأكل مال اليتيم ، وما شابه هذا ، ولم يتهم بالزنا .

وقال بعض العلماء من الحنفية : من لم يعرف عليه جريمة فى دينه فهو عدل ، وقال بعضهم أيضا : من يجتنب الكبائر ، وأدى الفرائض ، وغلبت حسناته سيئاته فهو عدل [1] .

وعرفها ابن الحاجب : بأنها محافظة دينية تحمل على ملازمة التقوى والمروءة ، ليس معها بدعة ، وبين ابن الحاجب أنها تتحقق باجتناب الكبائر ، وترك الإصرار على الصغائر ، وبعض الصغائر ، وبعض المباح .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ، جـ ٦ ، ص ٢٦٨ .

ويلاحظ على هذا التعريف الاتجاه إلى التشديد على العباد ، إذ كيف يكون شيئا مباحا بحكم الله عز وجل أو بحكم رسوله ﷺ ، ثم يجئ ابن الحاجب ويطلب منا تركه حتى نكون في نظره عدولا ؟ !

وقال الشوكاني : " وقد اختلف في رسم العدالة ، وأحسن ما قيل في ذلك : أنها ملكة للنفس تمنعها عن اقتراف الكبائر والرذائل ، ثم قال الشوكاني: " فمن كان كذلك فهو عدل ، ومن لم يكن فليس بعدل ؛ لأن الإقدام على كبائر الذنوب يجعل صاحبه مظنة للتهمة ، فهو غير مأمون على علم الشرع ، وأيضا مرتكب ذلك مسلوب الأهلية فليس من المتأهلين للإقتداء به في مسائل الدين ، وهكذا الإقدام على الرذائل فإنه يدل على سقوط النفس وانحطاط رتبة حملة العلم الذين جعلهم الله أمناء على دينه ، وأمر عباده بسؤالهم عند الحاجة [(1)].

ونقل ابن السبكي : " عن بعض العلماء قوله " لابد عندي في العدالة من وصف آخر لم يتعرضوا إليه ، وهو الاعتدال عند ابنعاث الأغراض حتى يملك نفسه عن اتباع هواه . فإن المتقي للكبائر والصغائر الملازم لطاعة الله وللمروءة قد يستمر على ذلك ما دام سالما من الهوى ، فإذا غلب هواه خرج عن الاعتدال وانحل عصام التقوى ، فقال ما يهواه ، وإبقاء هذا الوصف هو المقصود من العدل ، كما يشير إليه قوله تعالى : ﴿ وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى ﴾ [(2)] ، وقوله تعالى : ﴿ وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ﴾ [(3)] فكم من صالح لا شك في صلاحه من عصمته أن لا

---

(1) السيل الجرار ، جـ ١ ، ص ١٧ .

(2) سورة الأنعام ، الآية رقم ١٥٢ .

(3) سورة البقرة ، الآية رقم ١٤٣ .

يحد وفي نفسه أن لا يعصى ، فإذا جرت عليه المقادير وغلب هواه فأمن نفسه فانبعث منها مالا يبقى معه صلاح .

" فلابد أن يمتحن الصالح حتى يعرف حاله فى الرضا والغضب ، وعند الأغراض ، فإذا استوى كلامه فهو العدل ، وإلا فليس بعدل ، وإن كان صالحا قبل حصول ما يغيره . فالعدالة هيئة راسخة فى النفس تحمل على الصدق فى القول فى الرضا والغضب ، ويعرف ذلك باجتناب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر ، وملازمة المروة والاعتدال عند انبعاث الأغراض ، حتى يملك نفسه عن اتباع هواه .فقد رأيت من لا يقوم على ذنب فيما يعتقد ثم يستر هواه على عقله أعاذنا الله من ذلك " .

هذا ما يراه بعض العلماء نقله عنهم ابن السبكى ، وارتضاه مع زيادة رآها لابد منها وهى – كما قال – : " يشترط مع ذلك أن لا يكون متلبسا – حال الشهادة – بمعصية ، وإن كانت صغيرة تغتفر إذا لم يكن متلبسا بها حال الشهادة " .

قال ابن السبكى : " وهذا لأن المعاصى – من حيث هى منافية للعدالة ، إلا أننا اغتفرنا الصغائر ؛ لقلة الصون عنها ، ولا يقبل ذلك عند أداء الشهادة ، فلمنصب الشهادة أهلية تنافى المعاصى عنده .

قال ابن السبكى : " وكان هذا للمحافظة على هذا المنصب ، فإن من تلبس بالمعصية حال الشهادة كأنه لا مروءة له ، وهذا الشرط قاله بعض أصحابنا بدليل " .

انتهى كلام ابن السبكى أحد كبار علماء الشافعية ، وواضح من كلام ابن السبكى وشيخه أنهما يشددان فى تحقيق العدالة ؛ ليتحقق الاحتياط الكامل فى حقوق الناس ، لكن هذا التشديد قد لا يكون متيسرا فى الواقع ؛ لأن ابن السبكى وشيخه يريان أنه لابد من امتحان الصالح حتى يعرف حاله فى

الرضا والغضب وعند الأغراض ، فإذا استوى كلامه فهو العدل ، وإلا فليس بعدل ، وإن كان صالحا قبل حصول ما يغيره .

وكأن معنى هذا أننا كلما احتجنا إلى العدالة في ولاية كالشهادة أو القضاء ، أو رياسة الدولة أو غير ذلك يمتحن من نحتاج إلى شهادته ، أو قضائه ، أو رياسته ، ولا نحكم على الناس أنهم عدول إلا إذا عرضناهم لمواقف نختبرهم فيها ؛ لنعرف حالهم في الرضا والغضب وعند الأغراض ، وأظن أن هذا أمر مبالغ فيه .

ثم نسأل : من سيمتحن من ؟ هل كل الناس سيتحولون إلى ممتحن ــ بصيغة اسم الفاعل ــ وممتحنين ــ بصيغة اسم المفعول ــ أم أن الحكام سيمتحنون المحكومين أم ماذا ؟ هذا رأى فيه شدة .

وإذا انتقلنا إلى فقيه آخر من فقهاء الشافعية هو الإمام السيوطي نجده ينهج نفس المنهج في التشديد في تحقيق العدالة ، فقد ذكر السيوطي تعريفا للعدالة عند بعض العلماء هو : " اجتناب الكبائر والإصرار على الصغائر " أي واجتناب الإصرار على الصغائر ، وهذا التعريف ضعيف في نظر السيوطي لعدة أمور :

أولا : لأن مجرد اجتناب الشخص للكبائر من غير أن تكون عنده ملكة وقوة تردعه عن الوقوع فيما يهواه غير كاف في صدق العدالة .

وهذا غير مقبول من السيوطي ؛ لأن المطلوب في المتصف بالعدالة أن لا يرتكب كبيرة ، وقد وجد منه ذلك ، فليس لنا بعد هذا أن نبحث هل امتناعه من ارتكاب الكبيرة ناتج عن ملكة عنده ، أو ليست عنده هذه الملكة ؛ لأن هذا أمر نفسي ، ولم نؤمر بالتفتيش في قلوب الناس ، أو معرفة ما في بواطنهم .

ثانيا : مما يضعف هذا التعريف أيضا فى نظـر السـيوطى أن التعبـير بالكبائر بلفظ الجمع يوهم أن ارتكاب الكبيرة الواحدة لا يضر وليس كذلك •

ويمكن أن نجيب على هذا : بأن المتبادر إلى الفهم إذا قيـل إن الإنسـان يجتنب الكبائر هو أنه لا يفعل أى كبيرة ، ولا يفهم من هذا القول أنه يحتمـل أنه يفعل كبيرة واحدة ، ويلاحظ أن " أل " للجنس ، ويصدق ذلك بالمفرد •

ثالثا : أن الإصرار على الصغائر من جملة الكبائر ، فذكره فـى الحـد تكرار ، أى ذكره فى تعريفها تكرار •

ويمكن أن نجيب : بأن الإصرار على الصغائر وإن كان عند فريق مـن العلماء من جملة الكبائر حكما لا حقيقة ، لكن ذكره فى التعريف يعد من زيادة الإيضاح •

رابعا : لأن صغائر الخسة كسرقة لقمة من الخـبز وسـرقة ليمونـة أو برتقالة ، وما شابه ذلك ، ورذائل المباحات خارج عنه مع اعتباره •

وفى بعض كتب الشيعة الإمامية أن بعض أئمتهم يرى أن العدل يعـرف بالستر والعفاف ، وكف البطن والفرج واليد واللسان [1] ، ويمكن الاعـتراض على من عرف العدل بأنه من لم يطعن عليه فى بطـن ولا فـرج ، وعلـى من عرفه كذلك بأنه من يعرف بالستر والعفاف وكف البطن والفـرج واليـد واللسان ، يمكن الاعتراض بأن عدم ارتكاب جريمة كبـيرة كـالقتل والزنـا وشرب الخمر شرط فى تحقيق العدالة ، والكبائر ليسـت مختصـة بـالبطن والفرج واليد واللسان ، فهناك جرائم كبيرة تصدر من عضـو غـير البطـن

---

(١) الاجتهاد والتقليد ، تأليف رضا الصدر ، ص ٣٤٧ •

والفرج واليد واللسان ، كعقوق الوالدين والفرار من الزحف ، فيكون التعريف غير جامع مع أنه يشترط فى التعريف أن يكون جامعا مانعا .

وإن كان يمكن الدفاع عن مثل هذا التعريف بأن تخصيص البطن والفوج بالذكر أو هما مع اليد واللسان إنما يقصد به أن أكثر الجرائم الكبيرة تصدر عن هذه الأربعة [1].

ويحسن أن ننبه إلى أن بعض العلماء يصرحون بأن الإصرار على الصغيرة هو فى حكم الكبيرة من حيث قدحه فى العدالة وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس وغيرهما – رضى الله عنهم – أنهم قالوا : " لا كبيرة مع استغفار ولا صغيرة مع إصرار " ، قال النووى رحمه الله تعالى : "ومعناه أن الكبيرة تمحى بالاستغفار والصغيرة تصير كبيرة بالإصرار " [2] أ.هـ .

لكن الشوكانى – ونحن نوافقه – يرى أن الإصرار على الصغيرة صغيرة ، كما أن الإصرار على الكبيرة كبيرة [3].

والتعريف الذى يعده السيوطى أحسن تعريف للعدالة هو ((ملكة فى النفس ، تمنع من اقتراف كبيرة ، أو صغيرة دالة على الخسة ، أو مباح يخل بالمروءة)) [4].

---

(١) الاجتهاد والتقليد ، تأليف رضا الصدر ، ص ٣٤٧ .

(٢) شرح صحيح مسلم للنووى ، جـ ٢ ، ص ٨٧ .

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ص٥٣ .

(٤) الأشباه والنظائر ، للسيوطى ص٣٨٤ .

ومعنى كلمة " **ملكة فى النفس** " أى هيئة راسخة فى النفس ، أى فطرة ، أو ما يمكن أن نعبر عنه بعبارة أخرى استعداد ذاتى فى الشخص ، كما نقول : فلان عنده ملكة الرسم ، أى عنده استعداد ذاتى يجعله يستطيع أن يرسم ، وكما نقول : عنده ملكة الشعر أو ملكة الخطابة وهكذا .

معنى الكبيرة :

اضطربت أقوال العلماء فى تعريف الكبيرة ، حتى قال سلطان العلماء العز بن عبد السلام : " لم أقف لأحد من العلماء على ضابط لذلك " [1] ، يعنى أنه لم يجد لها تعريفا عند العلماء سالما من الاعتراض ، وقال النووى عن الصغائر والكبائر : " اختلفوا فى ضبطها اختلافا كثيرا منتشرا جدا " [2].

وعرفها الرملى أحد فقهاء الشافعية بأنها : " ما فيه وعيد شديد بنص كتاب أو سنة " ثم قال : " ولا يقدح فى ذلك عدهم كبائر ليس فيها ذلك ، كالظهار[3]، وأكل لحم الخنزير " [4].

لكن هذا من الرملى لا يسلم ، لأنه لابد فى التعريف أن يكون جامعا مانعا ، وهذا التعريف للكبيرة غير جامع لأفرادها . لأن الظهار وأكل الخنزير من الكبائر مع أنه لم يرد فيهما وعيد شديد لا فى الكتاب ولا فى السنة ، فلا يسلم للرملى قوله : " ولا يقدح فى ذلك عدهم كبائر ليس فيها ذلك " .

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لأبى محمد عز الدين بن عبد السلام ، ص ٢٢ ـ دار الكتب العلمية .

(٢) نهاية المحتاج للرملى إلى شرح المنهاج ، للنووى ، جـ ٨ ، ص ٢٩٤ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

(٣) معنى الظهار تشبيه الرجل زوجته بإحدى محارمه فى عدم الاستمتاع بها ، بأن يقول لزوجته أنت على كظهر أمى ، أو كظهر أختى وما شابه ذلك وهو حرام .

(٤) نهاية المحتاج للرملى إلى شرح المنهاج للنووى ، جـ ٨ ، ص ٢٩٤ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى .

وعرفها إمام الحرمين الجوينى أحد فقهاء الشافعية المشتهرين بأنها :
" كل جريمة تؤذن بقلة اكتراث مرتكبها بالدين ورقة الديانة " [1] أى تشعر بأن مرتكبها قليل الاكتراث باليد ن ، وتشعر بأنه غير قوى التدين ، واعترض على هذا التعريف بأنه يشمل الصغائر التى تدل على الخسة ، كسرقة برتقالة ، او لقمة من الخبز ، وما شابه ذلك ، مع أن ذلك ليس بكبيرة ، وعلى هذا فالتعريف غير مانع ، والشرط فى التعريف أن يكون جامعا مانعا .

وقيل ما يوجب الحد [2] :

ويعترض على هذا بأن هناك جرائم من الكبائر ولا يجب فيها الحد ، كأكل أموال اليتامى وأكل الربا ، وشهادة الزور ، والغيبة ، والنميمة ، وما ماثل هذا ، فالتعريف غير جامع ، ومن شروط التعريف الصحيح أن يكون جامعا [3].

وقيل فى تعريفها : " ما فيه حد فى الدنيا ، أو وعيد فى الآخرة " [4].

وقال القرطبى فى المفهم الراجح أن كل ذنب نص على كبره ، أو عظمه، أو توعد عليه بالعقاب ، أو علق عليه حد ، أو اشتد النكير عليه فهو كبيرة[5].

---

(١) نيل الأوطار جـ٩ص٢٢٣ .

(٢) الحدود هى العقوبات المقدرة التى وجبت حقا لله تعالى كعقوبة الزنا والخمر .

(٣) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٩٤ ، ونيل الأوطار ، للشوكانى جـ٩ص٢٢٣ .

(٤) الروض المربع ، لمنصور بن يونس البهوتى بحاشية العنقرى ، جـ ٣ ، ص ٤٢٢ ، مطبعة السعادة .

(٥) نيل الأوطار جـ٩ص ٢٢٣ .

وقيل : كل ما نهى الله عنه فى القرآن فهو كبـــيرة ، ومـــا نـــهى عنـــه الرسول ﷺ فهو صغيرة ، وقيل : كل ما اتفقت الشرائع على تحريمه فهو من الكبائر ، وما كان تحريمه فى شريعة دون شريعة فهو صغيرة (١).

وقيل أيضا : " الكبيرة كل ما كان شنيعا بين المسلمين ، وفيه هتك حرمـة الدين " (٢).

وقال الحليمى من فقهاء الشافعية " الكبيرة كل محرم لعينه منـــهى عنـــه لمعنى فى نفسه " (٣).

وقال أبو حامد الغزالى (٤) : " والضابط الشامل المعنوى فى ضبط الكبيرة أن كل معصية يقدم المرء عليها من غير استشعار خوف وحذار ندم كالمتهاون ارتكابها والمتجرئ عليها اعتيادا ، فما أشعر بهذا الاستخفاف والتهاون فـــهو كبيرة ، وما يحمل على فلتات النفس أو اللسان وفترة مراقبـــة التقـــوى ، ولا ينفك عن تندم يمتزج به تنغيص التلذذ بالمعصية فهذا لا يمنع العدالة وليس هو بكبيرة " .

ويرى الإمام أبو محمد عبد العزيز بن عبد السلام (٥) فى كتاب القواعد أن الضابط فى معرفة الفرق بين الصغيرة والكبيرة هو أن يعرض مفسدة الذنـــب على مفاسد الكبائر التى نص الشرع عليها فى الكتاب أو السنة ، فـــإذا كـــانت ناقصة عن أقل مفاسد الكبائر فيكون هذا الذنب صغـــيرة ، وأمـــا إن كـــانت مفسدته مساوية لأدنى مفاسد الكبائر أو تزيد عليه فيكـــون هـــذا الذنـــب مـــن الكبائر ، وذكر أمثلة لهذا ، كشتم الله ســـبحانه وتعـــالى أو رســـوله ﷺ ، أو

---

(١) الداء والدواء ، لابن قيم الجوزية ص ١٩٤ .
(٢) رد المحتار ، حاشية ابن عابدين ، على الدر المختار ، جـ ٥ ، ص ٤٧٣ ، الطبعة الثانية .
(٣) نيل الأوطار جـ٩ص٢٢٣ .
(٤) نقله النووى فى شرح صحيح مسلم ، جـ ٢ ، ص ٨٥ .
(٥) نقلا عن المصدر السابق .

الاستهانة بالرسل أو تكذيب واحد منهم ، قال : " فهي من أكبر الكبائر ولم يصرح الشرع بأنه كبيرة ، وكذلك لو أمسك امرأة محصنة لمن يزني بها ، أو أمسك مسلما بمن يقتله فلا شك أن مفسدة ذلك أعظم من مفسدة أكل مال اليتيم مع كونه من الكبائر ، وكذلك لو دل الكفار على عورات المسلمين مع علمه أنهم يستأصلون بدلالته ويسبون حرمهم وأطفالهم ويغنمون أموالهم فإن نسبته إلى هذه المفاسد أكبر من توليه يوم الزحف بغير عذر مع كونه من الكبائر ، وكذلك لو كذب على إنسان كذبا يعلم أنه يقتل بسببه ، أما إذا كذب عليه كذبا يؤخذ منه بسببه تمرة فليس كذبه من الكبائر ، قال : وقد قضى الشرع على أن شهادة الزور وأكل مال اليتيم من الكبائر فإن وقعا في مال خطير فهذا ظاهر ، وإن وقعا في مال حقير فيجوز أن يجعلا من الكبائر فطما عن هذه المفاسد ، كما جعل شرب قطرة من الخمر من الكبائر وإن لم تتحقق المفسدة ، ويجوز أن يضبط ذلك بنصاب السرقة ، قال : والحكم بغير الحق كبيرة ، فإن شاهد الزور متسبب والحاكم مباشر ، فإذا جعل السبب كبيرة فالمباشرة أولى . قال : وقد ضبط بعض العلماء الكبائر بأنها كل ذنب قرن له وعيد ، أو حد ، أو لعن ، فعلى هذا كل ذنب علم أن مفسدته كمفسدة ما قرن به الوعيد ، أو الحد ، أو اللعن ، أو أكثر من مفسدته فهو كبيرة ، ثم قال : والأولى أن تضبط الكبيرة بما يشعر بتهاون مرتكبها في دينه إشعار أصغر الكبائر المنصوص عليها ، والله أعلم .

هذه بعض تعريفات علمائنا رضي الله تعالى عنهم .

والكبائر كثيرة ، كالقتل والزنا ، وشرب الخمر ، والسرقة ، وعقوق الوالدين ، وأكل مال اليتيم ، وشهادة الزور ، والتعامل بالربا ، وشتم الرجل والديه ، والنميمة ، وعدم الاستبراء من البول ، واليمين الغموس واستحلال

بيت الله الحرام ، وغير ذلك ، قال بعض العلماء إن حصر الكبائر لا يمكن استيفاؤه [1].

وأما الصغيرة فهى كل ما لا ينطبق عليها تعريف الكبيرة من الأمور المحرمة ، وذلك مثل سب الناس بألفاظ لا تعد من قبيل القذف (والقذف هو الرمى بالزنا) ومثل استماع كلام النساء الأجانب على وجه التلذذ به ، والمعاكسات التليفونية للنساء ، والنظر المحرم إليهن ، والكذبة التى لا ضرر فيها ولا حد عليها [2] ، واللعب بالنرد [3] ، وتعاطى العقود الفاسدة [4].

هذا ، وليست الكبائر كلها فى مرتبة واحدة ، ولا الصغائر كذلك ، وإنما تختلف مراتبها بحسب تفاوت مفاسدها كما بين ذلك العلماء [5].

معنى المروءة :

يقصد العلماء من صفة المروءة أن يكون الإنسان نائيا بنفسه عن كل ما يمس كرامته ، وكرامة الفئة التى ينتمى إليها ، ويخدش مكانته فى المجتمع ، فيلزمه أن يكون متمسكا بالمستوى الخلقى المحدد فى شرعنا اللائق به وبأمثاله

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٨٩ ، وشرح صحيح مسلم للنووى ، جـ ٢ ، ص ٨٤ .

(٢) حاشية قليوبى على شرح المحلى على المنهاج ، جـ ٤ ، ص ٣١٩ ، والروض المربع بحاشية العنقرى ، جـ ٣ ، ص ٤٢٢ ، ونظام القضاء فى الإسلام ، ص ١٥ .

(٣) والنرد يسمى الآن فى عرف العامة بالطاولة .

(٤) نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ، ص ٢٩٥ ، وحاشية الشبراملسى عليه ، جـ ٨ ، ص ٢٩٥ وقد تردد كثير من العلماء المتأخرين ــ كما قال ابن السبكى ــ فى حكم الإقدام على العقود الفاسدة أهو حرام ، أم حلال ؟ وقد استدل ابن الرفعة على أن الإقدام على العقد الفاسد حرام بقول الله تبارك وتعالى ، فى مجال تحريم بعض النساء فى الزواج : ﴿ **وأن تجمعوا بين الأختين** ﴾ ووجه الدلالة أن حقيقة الجمع بين الأختين بالوطء غير ممكنة ، إنما الممكن فى الجمع بينهما بالعقد ، الأشباه والنظائر ، لابن السبكى ، جـ ١ ، ص ٢٤٥ ، دار الكتب العلمية ببيروت .

(٥) نيل الأوطار جـ٩ص٢١٣ .

غير مرتكب لفعل يحط من قدره ، حتى لو كان هذا الفعل غير محـــرم فـــى الشرع ، ولا مكروها ، لكنه غير لائق به فى عرف المجتمع ، فأستاذ الجامعة مثلا يلزمه أن يتحلى بالصفات التى تليق بأساتذة الجامعة ، فإذا كـــان عمـل عملا لا يليق بأستاذة الجامعة فإنه لا يكون متصفا بالمروءة ، وطـــالب العلـم كذلك يلزمه أن يكون على الصفات التى تليق بطلبة العلم ، فإذا فعل شـــيئا لا يليق بطلبة العلم فإنه يكون غير متصف بالمروءة وهكذا .

وإذا رجعنا إلى المعنى اللغوى للمروءة نجد أنـــها ــ كمـا جـاء فـى المصباح ــ : " آداب نفسانية تحمل مراعاتها الإنسان علـــى الوقـــوف عنـد محاسن الأخلاق وجميل العادات " (١)

وقد عرفت المروءة بعدة تعريفات ، منها ما قاله الشيخ زكريا الأنصـارى أخد فقهاء الشافعية ، في تعريفها بأنها : " التخلق بخلق أمثالـــه فـــى زمانـــه ومكانه ، وعدم اتهام " .

ويحسن أن يضاف إلى هذا التعريف كلمة " مما هو مباح " بعـــد كلمـــة " أمثاله " حتى لا يوهم هذا التعريف أن من المروءة تخلق المنتمى إلى بعـــض فئات المجتمع المشتهرة بالكلمات البذيئة بخلق أمثاله فى هذه الفئـــة بـــالنطق بالعبارات البذيئة .

وعرفها الشيخ الشرقاوى من الشافعية أيضا بأنـــها : " توقـــى الأدنـــاس عرفا " وعلل لكون ذلك مرجعه إلى العرف بأن المـــروءة لا تنضبـــط ، بـل تختلف باختلاف الأشخاص ، والأحوال والأماكن ، بخلاف العدالة ، فإنها ملكة

---

(١) المصباح المنير ، للفيومى ، الميم مع الراء والهمزة .

راسخة فى النفس لا تتغير بعروض أمر من الأمور المنافية لها ، فلا تحتاج فى ضبطها إلى العرف [1].

وقيل أيضا في تعريفها : " أن يصون نفسه من الأدناس وما يشينها بين الناس " .

وأما ابن قدامة الفقيه الحنبلى المعروف فقد عرف المروءة بأنها " اجتناب الأمور الدنيئة المزرية به " [2].

وعرفها الدردير الفقيه المالكي المعروف بأنها : " كمال النفس بصونها عما يوجب ذمها عرفا ، ولو مباحا فى ظاهر الحال " .

وقد ذكر علماؤنا القدامى ــ رضي الله تعالى عنهم ــ أمورا تخل بالمروءة ، كالأكل في الأسواق إذا كان من شخص لا يعمل فى السوق ، وأما أهل السوق الجالسون فيه فلا يخل بمروءتهم الأكل فيه للضرورة ، والمراد بالأكل فى السوق ــ كما بين ابن قدامة ــ ان ينصب مائدة فى السوق ، ثم يأكل ، والناس ينظرون ، وليس المراد أكل شيئ يسير ، أو كان يأكل فى كان وهو مستتر ، أو غلبه جوع أو عطش ، أو كان صائما فبادر بالإفطار لا بالسنة ، لأن من المستحب تعجيل الإفطار ، كما أرشدنا إلى ذلك رسول الله ﷺ فى قوله : " لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر " رواه البخارى ومسلم [3].

---

(1) حاشية الشرقاوى على التحرير ، جـ ١ ، ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .
(2) المغنى ، لابن قدامة ، جـ ٩ ، ص ١٦٨ ، وكفاية الأخيار ، جـ ٢ ، ص ٢٧٩ .
(3) سبل السلام ، جـ ٢ ، ص ١٥٤ .

ومن الأمور التى ذكرها العلماء القدامى أيضا المشئ مكشوف الرأس فى السوق ، أو كشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه ، أو ذكر أهله أو زوجته بالأمور السخيفة ، ومنها الإكثار من الحكايات المضحكة بين الناس ، بشرط أن تكون حكايات كاذبة ، أما لو كانت صادقة فلا يخدش ذلك مروءته ، وذكروا من ذلك أيضا الحرفة الدنيئة ، إذا كانت لا تليق به ، لأنها تشعر بالخسة ، بخلافها ممن تليق به [1].

ولابد أن يلاحظ أن الصفات التى تسقط المروءة يتدخل فى اعتبارها عرف الناس وتقاليدهم فى كل عصر ، وهو ما يفيده قولهم فى تعريف المروءة بأنها : " التخلق بخلق أمثاله فى زمانه ومكانه " أو " توقى الأدناس عرفا " أو " أن يصون نفسه من الأدناس وما يشينها بين الناس " ولذلك وجدنا علماءنا القدامى يذكرون أن الأكل فى الأسواق ، والمشى مكشوف الرأس مما يخرم المروءة فى عصرهم ، لكن عصرنا الذى نعيش فيه الآن يسمح بذلك ، ولا يعد هذا قادحا فى مروءة الشخص .

مما سبق يتبين أن أساس المروءة أو معيارها راجع إلى القواعد التى استقرت فى سلوك الأفراد فى المجتمع الإسلامى ، مراعى فيها تقاليد هذا المجتمع وقيمه السلوكية ، او بعبارة محددة عرفه وعاداته التى لا تخالف أحكام الشرع ، وهذه أمور تختلف من عصر إلى عصر ، ومن مجتمع إلى مجتمع آخر ، وقد يكون العرف والعادات مانعا فى مجتمع إسلامى وغير مانع فى مجتمع إسلامى آخر ، فيكون فعل شئ من الأشياء التى تخالف العرف

---

(١) حاشية الشرقاوى ، جـ ٢ ، ص ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، والمغنى جـ ٩ ، ص ١٦٨ ، ١٦٩ .

والعادات فى أحد المجتمعات مخلا بالمروءة مع أن هذا الفعل نفسه غير مخل بالمروءة فى مجتمع إسلامى آخر ٠

ومما سبق يتبين أن عدم المروءة يخل بصفة العدالة ، وهى شرط مطلوب فى القاضى عند كثير من العلماء ، ويرى ابن حزم والشوكانى أنه لا تشترط المروءة فى العدالة [١].

لماذا اشترطت المروءة فى العدالة عند بعض العلماء ؟

اشترطت المروءة فى العدالة عند من يقول باشتراطها ، لأنه ــ كما قال العلماء ــ من تخلق بما لا يليق وإن لم يكن حراما ، جره ذلك إلى عدم المحافظة على دينه واتباع الشهوات ٠ وكأنهم يريدون أن يقولوا إن الإنسان إذا تجرأ على مخالف ما استقر عليه عرف المجتمع من اتباع قواعد السلوك التى على أساسها يحترم الإنسان ، ويصبح له قيمة اجتماعية ، واستهان بذلك، فإن هذا قد يكون طريقا إلى تجرئه على اتباع شهواته ومخالفة أوامر الشرع ، فالتجرؤ على الأمور اليسيرة المستقيمة قد يفضى إلى التجرؤ على ما هو أكبر ومن الملاحظ أن مراعاة نظرة الناس قد تكون أحد الأسباب التى تؤدى إلى أن يبتعد الإنسان عن المحرمات ، حتى لا ينظر إليه الناس نظرة الإزدراء والتحقير ٠

وأيضا ، فلأن الأصل ــ كما قال العلماء [٢] ــ أن حفظ المروءة من الحياء ووفور العقل ، وطرح ذلك إما لخيل بالعقل ، أو قلة حياء ، أو قلة

---

(١) إرشاد الفحول ، للشوكانى ص ٥٢ ، المحلى لابن حزم جـ ٩ ، ص ٣٩٣ ٠
(٢) كفاية الأخيار ، لتقى الدين الحصنى ، جـ ٢ ، ص ٢٧٩ ٠

مبالاة بنفسه ، وحينئذ فلا يوثق بقوله فى حق غيره ، وهو أولى ، لأن من لا يحافظ على ما يشينه فى نفسه فغيره أولى ، فإن من لا حياء فيه يصنع ما يشاء ٠

لا يخرج الشخص عن العدالة بفعل صغيرة :

والعدالة نقيضها الفسق ، والعدل نقيضه الفاسق ، وقال العلماء إنه لا يخرج الشخص عن العدالة بفعل صغيرة ، لقول الله عز وجل : ﴿ **الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللمم** ﴾ قيل : اللمم هو صغار الذنوب ، ولأن التحرز من الصغائر غير ممكن ، لكن بعض العلماء قالوا أيضا إن الإصرار على الصغيرة يخل بالعدالة ، كما سبق أن بينا ، مع مخالفة الشوكانى لهذا الرأى ٠

المراد بالإصرار على الصغيرة :

المراد بالإصرار على الصغيرة ــ عند بعض العلماء ــ : التكرار ، فلو فعلها مرة واحدة لا يكون مصرا ، قال العز بن عبد السلام : " إذا تكررت منه الصغيرة مرة واحدة لا يكون مصرا ، قال العز بن عبد السلام : " إذا تكررت منه الصغيرة تكررا يشعر بقلة مبالاته بدينه إشعار ارتكاب الكبيرة بذلك ردت شهادته ، وروايته بذلك " ، وقال البعض الآخر : المراد عدم التوبة ، حتى لو فعلها مرة من غير توبة كان مصرا ، وقيل أيضا : هو العزم على المعاودة بعد الفعل وقبل التوبة ، وقبل الإصرار على الصغيرة يكون بأن لا تغلب طاعاته معاصيه [1]٠

---

(١) المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٦٨ ٠

قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ إذا كان الأغلب الطاعة والمروءة قبلت الشهادة ، وإن كان الأغلب المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته [1] .

هذا ، وقد صرح بعض العلماء بأن الإصرار على الصغيرة لا يصيرها كبيرة حقيقة ، وإنما يلحق بها في الحكم [2] .

ونحن نرى كما بينا سابقا ما يراه الشوكاني وهو أن الإصرار على الصغيرة لا يحولها إلى كبيرة ، وإنما الإصرار على الصغيرة صغيرة ، كما أن الإصرار على الكبيرة كبيرة [3] .

وقد قال كثير من العلماء : من غلبت طاعاته معاصيه كان عدلا ، وعكسه إذا كانت معاصيه تغلب طاعاته فهو فاسق ، والمراد بالمعاصي التي غلبتها الطاعات هنا هي الصغائر .

الضابط في الغلبة :

يرى بعض العلماء أن الضابط في الغلبة هو العد من جانبي الطاعة والمعصية ، من غير نظر لكثرة ثواب في الطاعة وعقاب في المعصية ، لأن ذلك أمر أخروي ، وهذا الضابط قريب من ضبطه بالعرف .

---

(1) نقلاً عن كفاية الأخيار ، للحصني ، جـ ٢ ، ص ٢٧٦ .

(2) نهاية المحتاج للرملي ، جـ ٨ ، ص ٢٩٤ ، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، جـ ١ ، ص ٢٢ ، وحاشية الشرقاوي ، جـ ٢ ، ص ٥٠٥ .

(3) قال الشوكاني : وقد قيل : إن الإصرار على الصغيرة حكمه حكم مرتكب الكبيرة ، وليس على هذا دليل يصلح للتمسك به ، وإنما هي مقالة لبعض الصوفية ، فإنه قال : لا صغيرة مع إصرار ، وقد روى بعض من لا يعرف علم الرواية هذا اللفظ وجعله حديثا ولا يصح ذلك ، بل الحق أن الإصرار حكمه حكم ما أصر عليه ، فالإصرار على الصغيرة صغيرة ، والإصرار على الكبيرة كبيرة ، إرشاد الفحول ، للشوكاني ص ٥٣ .

وقال العلماء إن كل صغيرة تاب منها فاعلها لا تدخل فـــي العـد ، لأن التوبة الصحيحة تذهب أثرها رأسا [1].

بعض العلماء يرى أنه ليس فى الذنوب صغيرة :

نقل عن جمع من العلماء كعبد الله بـن عبـاس ، رضـى الله عنـهما ، والأشعرى ، وأبى إسحاق الإسفرايينى الفقيه الشافعى الإمام فى علم الأصـول والفقه ، أنه ليس فى الذنوب صغيرة ، لكن ذلك منهم ــ كما قال العلمـــاء ــ لأنهم كرهوا أن يسموا معصية الله تعالى صغيرة ، إجلالا لذاته سبحانه وتعالى ، فكل مخالفة هى بالنسبة إلى جلال الله تعالى كبيرة ، مع اتفاقهم جميعا علـى أن بعض الذنوب يقدح فى العدالة ، وبعضها لا يقدح فيها ، وإنما الخلاف فـى التسمية والإطلاق [2] ، وأما جمهور العلماء من السلف والخلف ، من جميـع الطوائف ، فيرون أن الذنوب تنقسم إلى صغيرة وكبيرة [3] ، وذلك رحمة مـن الله عز وجل ورأفة بعباده ، ويدل على هذا قوله تعالى : ﴿ إن ربـك واسـع المغفرة ﴾ .

وهو مروى أيضا عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، وقال حجـة الإسلام الغزالى فى كتابه البسيط فى المذهب [4] : " إنكار الفرق بين الصغيرة والكبيرة لا يليق بالفقه ، وقد فهما من مدارك الشرع " وقال الإمـام النـووى المحدث والفقيه الشافعى المشهور : " ولا شك فى كون المخالفة قبيحة بالنسـبة

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٩٤ .
(٢) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٩٤ .
(٣) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٩ ، ص ٢٢٢ ، دار الجيل ، لبنان .
(٤) نقلا عن النووى ، فى شرح صحيح مسلم ، جـ ٢ ، ص ٨٥ .

إلى جلال الله تعالى ، ولكن بعضها أعظم من بعض ، وتنقسم باعتبار ذلك إلى ما تكفره الصلوات الخمس ، أو صوم رمضان ، أو الحج ، أو الوضوء ، أو صوم عرفة ، أو صوم عاشوراء ، أو فعل حسنة ، أو غير ذلك مما جاءت به الأحاديث الصحيحة ، وإلى ما لا يكفره ذلك ، كما ثبت في الصحيح ما لم يغش كبيرة [1] ، فسمى الشرع ما تكفره الصلاة ونحوها صغائر ، وما لا تكفره كبائر ، ولا شك في حسن هذا ولا يخرجها هذا عن كونها قبيحة بالنسبة إلى جلال الله تعالى ، فإنها صغيرة بالنسبة إلى ما فوقها ، لكونها أقل قبحا ، ولكونها متيسرة التكفير ، والله أعلم " [2].

وأقول ويشير إلى هذا قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلا كريما** ﴾ فهذا النص الكريم يشير إلى أن هناك ذنوبا غير الكبائر ، قال الشوكاني [3] بعد أن ذكر هذا النص الكريم : " فلا ريب أن السيئات المكفرة ههنا هي غير الكبائر المجتنبة ، لأنه لا يكفر إلا ذنب قد فعله المذنب لا ما كان مجتنبا من الذنوب ، فإنه لا معنى لتكفيره ، والكبائر المرادة في الآية مجتنبة فالسيئات المكفرة غيرها ، وليست إلا الصغائر لأنها المقابلة لها وكذلك قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللمم ، إن ربك واسع المغفرة** ﴾ يبين أن هناك كبائر وغيرها .

اجتماع العدالة مع التقوى وافتراقهما :

بين العلماء معنى التقوى بأن يطاع الله ولا يعصى ، قال عبد الوهاب بن السبكي [4] بعد بيان هذا المعنى : " وحقيقتها : التحرز بطاعة الله من عقوبته "

---

(١) المصدر السابق ، جـ ٢ ، ص ٨٥ .
(٢) من هذه الأحاديث الصحيحة أن الرسول ﷺ قال : " الصلوات الخمس ، والجمعة إلى الجمعة ، ورمضان إلى رمضان ، مكفرات لما بينهن إذا اجتنبت الكبائر " .
(٣) نيل الأوطار جـ٩ص٢١٢ .
(٤) الأشباه والنظائر لعبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، جـ ١ ، ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ .

قال : " وأصلها اتقاء الشرك ، ثم اتقاء المعاصى ، ثم اتقاء الشبهات ، ثم اتقاء الفضلات " •

وبين ابن السبكى أن المتقى قد يكون عدلا وقد لا يكون ، وعلل لذلك بما نقله عن بعض شيوخه ، وهو أن اتقاء المعاصى ــ كبيرها وصغيرها ــ هو التقوى ، فإن اتقى الكبائر ــ وكان عدلا ــ لم يقدح فيه إتيان الصغيرة ، ولكنها تقدح فى تقواه فهذا عدل غير متق •

وقال : وقد يتقى ولا يكون عدلا إذا لم يكن ذا هيئة راسخة فى النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة •

كما بين العلماء أن العدالة والتقوى قد تتحقق فى الصبى مع عدم قبول شهادته ، وذلك لأن البلوغ شرط فى قبول قوله وليس شرطا فى عدالته [١].

يبقى ــ بعد ما ذكرناه فى معنى العدالة ، وما يتصل بمعناها ، أن نبين أن ابن رشد (الحفيد) نسب إلى جمهور العلماء أنهم يرون أن العدالة فى الشخص : أن يكون ملتزما بواجبات الشرع ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات وهو تعريف مقبول ونرتضيه ونفضله على ما عداه من تعاريف [٢].

أكثر العلماء يشترطون العدالة فى القاضى :

اشترط العدالة فى القاضى أكثر العلماء ، فأكثر العلماء ومنهم الشافعية والمالكية فى المشهور فى مذهبهم ، والحنفية فى رواية ، والحنابلة والشيعة الإمامية ، والزيدية يرون أنه لا تصح ولاية الفاسق القضاء ولا ينفذ حكمه حتى لو صادف الحق [٣].

---

(١) نفس المصدر السابق •
(٢) بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٥٦٧ •
(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ، جـ ٧ ، ص ٢٥٣ ، ومواهب الجليل للحطاب ، جـ ٦ ، ص٨٧ ، ونظام القضاء فى الإسلام ، ص ١٦ ، وشرائع الإسلام للحلى ، جـ ٤ ، ص ٦٧ ووسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة للحر العاملى ، جـ ١٨ ، ص ٢ ، والبحر الزخار لأحمد بن يحيى بن المرتضى ، جـ ٦ ، ص ١١٩ •

رأى الحنفية فى ظاهر المذهب :

ويرى الحنفية فى ظاهر المذهب عندهم أن العدالة ليست شرطا من شروط جواز التولية ، ولكنها شرط من شروط الكمال ، أى الأفضل والأكمل أن يكون القاضى عدلا ، ولو قلد الفاسق صح فى ظاهر المذهب وعليه أن يحكم بفتوى غيره ، ولكنهم يرون أنه لا ينبغى أن يقلد القضاء ، لأن القضاء أمانة عظيمة ، وهى أمانة الأموال والأبضاع والنفوس ، فلا يقوم بوفائها إلا من كان كاملا فى الورع والتقوى ، إلا أنه مع هذا لو قلد الفاسق هذا المنصب جاز التقليد فى نفسه وصار قاضيا ٠

فإن كان فى الرعية عالم تحققت فيه صفة العدالة ، فلا يحل شرعا عند الحنفية تولية من ليس كذلك ، لكن لو ولي صحت توليته ، وتنفذ قضاياه إذا لم يجاوز حد الشرع ، كشهادة الفاسق عندهم لا يجوز قبولها ، لكن لو قبلت شهادته نفذ الحكم مع وقوع القاضى فى الإثم لقبولها ٠

هذا هو ظاهر المذهب عند الحنفية ــ كما قلنا ــ وقد اختار الطحاوى أحد كبار فقهائهم أن الفاسق إذا قلد القضاء لا يصبح قاضيا [1] ، وهو ما يتفق ورأى الجمهور ٠

التعليل لرأى الحنفية :

علل الحنفية لرأيهم بأن كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس ، وذلك بناء على قاعدة أن حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة ،

---

(١) شرح العناية على الهداية لمحمد محمود البابرتى مطبوع مع فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٥٤ ٠

لأن كلا من القضاء والشهادة من باب الولاية ، وهى تنفيذ القول على الغـــير شاء أم أبى [1] فكل ما يشترط فى الشهادة يشترط فى القضـــاء ، لأن ولايــة القضاء أعم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مترتبة عليها ، وكل ما لا يشـــترط فى الشهادة لا يشترط فى القضاء •

ولما كان الفاسق عندهم أهلا للشهادة فلا تشترط العدالة فى القاضى •

وقد عللوا لعدم اشتراط العدالة فى الشهادة ، بأن المسلم إما أن يكون مـــن أهل العصر الذى شهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية ، وإمـــا أن يكـــون مـــن غيرهم ، فإن كان من أهل ذلك العصر الذى شهد له الرســـول ﷺ بالخيريـــة فهذا ظاهر ، فى وجود العدالة فى هذا الشخص ، وأما إن كان مـــن غـــيرهم فنظرا إلى ظاهر حال المسلم ، فظاهر حال المسلم أنه غير مرتكب للجرائـــم والمخالفات الدينية [2]•

---

(١) فالقضاء فيه تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى ، والشهادة كذلك فيها تنفيذ القول على الغـــير شاء أم أبى ، وهذا هو معنى الولاية ، انظر : أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولـــة بين الفقهاء ، تأليف الشيخ قاسم القونرى ، تحقيق الدكتور / أحمد عبد الـــرازق الكبيســـى ، ص ٢٢٩ ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦ •

(٢) شرح العناية على الهداية مع فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٥٤ ، وقد ثبتت أحاديث تبين فضل أهل القرون الثلاثة الأولى مثل ما فى الصحيحين عن عبد الله بن مسعود قال : قال رســـول الله ﷺ : " خير أمتى الذى يلوننى ، ثم الذين يلونهم ، ثم يجئ قوم تسبق شـــهادة أحدهـــم يمينه ، ويمينه شهادته "

وفى صحيح مسلم عن عائشة ـــ رضى الله عنها ـــ سأل رجل رسول الله ﷺ : أى النـــاس خير ؟ قال : " القرن الذى بعثت فيهم ، ثم الثانى ، ثم الثالث " •

وبعض الروايات شك الراوى هل بين الرسول ﷺ فضل ثلاثـــة قـــرون أم أربعـــة ؟ ففـــى الصحيحين عن عمرن بن حصين ، ن رسول الله ﷺ قال : " إن خيركم قرنى ، ثم الذين==

== يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، قال عمران : فلا أردى أقال رسول الله ﷺ قرنه مرتين أو ثلاثا ، ثم يكونون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون ، وينذرون ولا يوفون ، ويظهر فيهم السمن " .

وبعض الروايات فيها شك من الراوى هل ذكر رسول الله ﷺ القرن الثالث أم لا ، ففى صحيح مسلم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : " خير أمتى القرن الذى بعثت فيهم ، ثم الذين يلونهم " ــ والله أعلم : أذكر الثالث أم لا ؟ ــ ثم يخلف قوم يحبون السمانة ، يشهدون قبل أن يستشهدوا " . وقد فهم بعض العلماء من قوله ﷺ فى الحديث : " يشهدون قبل أن يستشهدوا " أن المراد به أداء الشهادة بالحق قبل أن يطلبها المشهود له ، وحملوا ذلك علي ما إذا كان عالما ، جمعا بين هذا وبين قوله ﷺ " ألا أنبئكم بخير الشهداء : الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها "

لكن ابن تيمية بين أن الصحيح أن الذم في هذه الأحاديث لمن يشهد بالباطل جاء فى بعض ألفاظ الحديث " ثم يفشو الكذب ، حتى يشهد الرجل ولا يستشهد ، وقال ابن تيمية : " الاعتبار فى القرون الثلاثة بجمهور أهل القرن وهم وسطه ، وجمهور الصحابة انقرضوا بانقراض خلافة الخلفاء الأربعة ، حتى إنه لم يكن بقى من أهل بدر إلا نفر قليل ، وجمهور التابعين بإحسان انقرضوا فى أواخر عصر أصاغر الصحابة فى إمارة ابن الزبير وعبد الملك ، وجمهور تابعى التابعين انقرضوا فى أواخر الدولة الأموية ، وأوائل الدولة العباسية ، وصار فى ولاة الأمور كثير من الأعاجم وخرج كثير من الأمر عن ولاية العرب ، وعربت بعض الكتب الأعجمية من كتب الهند والفرس ، والروم ، وظهر ما قاله النبى ﷺ : " ثم يفشوا الكذب ، حتى يشهد الرجل ولا يستشهد ، ويحلف ولا يستحلف " ، وقال ابن تيمية أيضا : الأعصار الثلاثة المفضلة لم يكن فيها بالمدينة النبوية بدعة ظاهرة البتة ، ولا خرج منها بدعة فى أصول الدين ألبته ، كما خرج من سائر الأمصار ، فإن الأمصار الكبار التى سكنها أصحاب رسول الله ﷺ ، وخرج منها العلم والإيمان خمسة : الحرمان ، والعراقان ، (يعنى الكوفة والبصرة) والشام ، منها خرج القرآن والحديث ، والفقه والعبادة ، وما يتبع ذلك من أمور الإسلام ، وخرج من هذه الأمصار بدع أصولية غير المدينة النبوية .

مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ ٢٠ ، ص ٢٩٥ ، وما بعدها ، وجـ ١٠ ، ص ٣٥٧ ، ٣٥٨ .

من أدلة القائلين باشتراط العدالة :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا** ﴾ [1].

وجه الدلالة :

وجه الدلالة : أن الله عز وجل أمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يصح أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه ، فليس من المقبول أن نبحث فى كل حكم أصدره القاضى الفاسق لنتبين مدى الحق فيه .

ثانيا : الفاسق لا يجوز أن يكون شاهدا ـ عند الجمهور ـ فلا يكون قاضيا من باب أولى .

الرأى الراجح :

نرى ترجيح الرأى القائل باشتراط العدالة فى القاضى ، فلا يولى القضاء غير العدل ما دام يوجد غيره ممن تتوفر فيه العدالة وسائر الشروط الأخرى المشترطة فى القاضى .

وقياس القضاء على الشهادة فى عدم اشتراط العدالة لا نسلمه لأننا لا نسلم أن العدالة لا تشترط فى الشاهد ، بل هى مشترطة فيه ، لقوله تبارك وتعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ [2]، وقوله عز وجل : ﴿ **إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا** ﴾ [3] ، فقد أمر الله عز وجل بالتوقف عن نبأ الفاسق ، والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه .

---

(1) سورة الحجرات ، الآية رقم ٦ .

(2) سورة الطلاق الآية ٢ .

(3) سورة الحجرات الآية ٦ .

فقياسهم لا يصح الاستدلال به ، لأن القياس لابد أن يكون الأصل فيه متفقا عليه .

وأيضا ، فلأن الفاسق لم يمنعه دينه من ارتكاب محظورات الدين ، فلا يؤمن أن يمنعه عن الكذب ، فلا تحصل الثقة بخبره [١].

وأيضا فاشتراط العدالة فى صحة التصرفات التى تشترط فيها العدالة إنما هو لتحقيق المصلحة للناس ، لحصول الضبط بها عن الخيانة ، والكذب ، والتقصير ، لأن الفاسق لا يتحقق عنده الوازع الدينى فلا يوثق به [٢].

هذا وقد بين العلماء أنه إذا لم يوجد من تتوافر فيه شروط العدالة لكى توليه القضاء أقيم أصلح الموجودين وأقلهم فجوراً ، وهو ما يتبع أيضا فى مجال الشهادة ، لئلا تضيع مصالح الناس ، ولأن التكليف بالأحكام الشرعية مشروطة بالإمكان [٣] ، قال تبارك وتعالى : ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾ [٤].

---

(١) المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٦٥ .
(٢) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٤٠ .
(٣) فتح القدير جـ ٧ ، ص ٢٥٢ ، ومواهب الجليل ، جـ ٦ ، ص ٩٠ .
(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٨٦ .

الشرط السادس : من شروط القاضى : السمع :

فلا يسمح أن يتولى الأصم الذى لا يسمع شيئا منصب القضاء ، وذلك لأنه لا يستطيع أن يفرق بين إقرار من شخص وإنكار .

وأما الذى يسمع بلا صياح فيرى بعض الشافعية صحة توليته .

الشرط السابع : البصر :

بين الحنفية أن كلا من القضاء والشهادة يستمد من امر واحد هو شروط الشهادة من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية ، وكونه غير أعمى ولا محدوداً فى قذف ، فلا يولى الأعمى القضاء ، وقال الإمام الباجى : " وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، وقد بلغنى ذلك عن مالك "[1] ، واستدل على هذا بأنه لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، والمقر من المقر له ، والشاهد من المشهود عليه ، وقال بعض العلماء إن من يرى أشباح الأشخاص ولا يعرف الصور هو فى معنى الأعمى ، فلا يصح توليته ، لكن إذا كان لو قربت منه عرفها صح توليته القضاء .

ولو كان يبصر نهارا فقط جاز توليته ، وأما الذى لا يبصر نهارا ويبصر ليلاً فقط ، فقال الأذرعى من فقهاء الشافعية : ينبغى منعه .

ويرى بعض فقهاء الشافعية أنه يجوز أن يكون القاضى أعمى[2] ، وعلل لهذا الرأى بأن شعيبا عليه الصلاة والسلام كان أعمى .

ويجاب عن هذا بأن البصر مشروط فى الشاهد فيمنع فقده ولاية القضاء ، بالقياس على الشهادة لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء ، والشاهد يشهد فى بعض الأشياء اليسيرة التى يثبت الاحتياج إليه فيها ،

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ، للباجى ، جـ ٥ ، ص ١٨٣ .

(٢) تكملة المجموع لمحمد نجيب المطيعى ، جـ ٩ ، ص ١١٧ .

وربما أحاط بحقيقة علمها ، والقاضي ولايته عامة ، ويحكم في قضايا الناس عامة ، فإذا لم تقبل الشهادة من الأعمى ، فيكون القضاء أولى في عدم القبول .

وما ذكره أصحاب الرأي القائل بجواز أن يكون القاضي أعمى عن شعيب لا نسلمه ، فإنه لم يثبت أنه كان أعمى ، بل حتى على فرض أنه كان كذلك فلا يلزم ههنا ، لأن الناس الذين آمنوا مع شعيب عليه السلام كانوا قليلين ، وربما لا يحتاجون إلى حكم بينهم ، لقلة عددهم وتناصفهم ، فلا يكون هذا حجة في مسألتنا [1] ، وهذا كله على التسليم بأن شرع من قبلنا شرع لنا ، لكن هذه مسألة اختلف حولها الأصوليون ، فليست محل اتفاق ، ويمكن أن يقال : إن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا إلا إذا قام دليل في شريعتنا يلزمنا به .

الشرط الثامن : النطق :

فلا يصح تولية الأخرس ، حتى لو كانت إشارته مفهومة ، لأنه لا يفهم إشارته جميع الناس .

هذا ، ويرى الدردير أحد علماء المالكية المشهورين ، وكذلك شمس الدسوقي من علمائهم أن السمع والبصر والكلام ليست شرطا في صحة ولاية القاضي ابتداء ولا في صحة دوامها ، بل هي واجب غير شرط في الابتداء والدوام ، فيجب أن يكون القاضي سميعا ، بصيرا ، متكلما ، فلا يجوز تولية القاضي ابتداء ، ولا استمرار ولايته إلا إذا كان متصفا بهذه الصفات الثلاث .

فالأصم ، أو الأعمى ، أو الأبكم لا يجوز توليته ابتداء ، ولا يجوز استمراره في هذا المنصب ، مع صحة ما وقع من أحكامه [2].

---

(1) الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، ص ٣٨٧ .

(2) الشرح الصغير للدردير ، جـ ٤ ، ص ١٩١ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ١٣٠ .

الشرط التاسع : الكفاية :

ومعنى هذا الشرط أن يكون عنده القدرة على النهوض للقيـــام بـــأمر القضاء، بأن تتوفر عنده اليقظة التامة ، والقوة التي تعينـــه علـــى تنفيـــذ الحق .

وعلى هذا فلا يصح تولية المغفل [1] ، ومختل النظر ، بســـبب كـــبر السن ، أو وجود مرض عنده [2].

الشرط العاشر : الاجتهاد :

معنى الاجتهاد : هو بذل الفقيه وسعه في استنباط الأحكام الشـــرعية العملية من أدلتها التفصيلية .

ويقصد بهذا الشرط تحقق الكفاءة العلمية الكاملة في القاضي ، التـــي تؤهله لمعرفة الأحكام الشرعية في القضايا التي تعرض عليه ، حتى نـــأمن أن لا يحكم بين الناس على جهل ، وذلك لأن القاضي في عصر الفقهاء لم يكن يحكم بقانون مدون كما هو الحال في عصرنا الحالي ، وإنما كان عليه أن يحكم بما يراه متفقا مع الحكم الشرعي المستنبط من القرآن أو السنة أو غيرهما من مصادر التشريع الإسلامي . وهذا الشرط أحد الشروط التـــي اختلف العلماء حولها على رأيين :

الرأي الأول : اشتراط الاجتهاد في القاضي ، وهذا ما يـــراه بعـــض المالكية والشافعي ، وأحمد بن حنبل ، وبعض الحنفيـــة ، ويـــراه الشـــيعة

---

(١) المغفل هو من لا يستعمل القوة المنبهة مع وجودها فيه ، وأما البلد فهو خال منها بـــالمرة حاشية الصاوى على الشرح الصغير ، جـــ ٤ ، ص ٢٤٣ .

(٢) الروض المربع ، شرح زاد المستقنع ، لمنصور بن يونس البهوتي ، مع حاشيته ، جـــ٣ ص ٣٨٥ .

الإمامية [1] ، والشيعة الزيدية [2] ، فلا يتولى القضاء جاهل بالأحكام الشرعية ، ولا مقلد ، وهو من حفظ مذهب إمامه ، لكنه غير عارف بغوامضه ، وقاصر عن تقرير أدلته ، كالذى يتبع المذهب الفقهى للإمام أبى حنيفة ، فهو يحفظ أن مذهب إمامه الذى ينتمى إليه يرى أن من حق المرأة البالغة سواء كانت بكرا أو ثيبا ـ أن تتولى عقد الزواج لنفسها أو لغيرها بوكالة أو وصاية . ولكن هذا الشخص المنتمى للإمام أبى حنيفة فى مذهبه الفقهى لا يعرف الدليل الشرعى الذى استند إليه فى هذا الحكم الشرعى .

وكالذى يتبع مذهب الإمام مالك فيحفظ أن الإمام مالك يرى أن لمس الرجل للمرأة الأجنبية لا ينقض الوضوء إلا إذا كان بشهوة ، وإذا لم يكن اللمس بشهوة فلا ينقض الوضوء [3] ، ولكن هذا الشخص لا يعرف الدليل الذى استند إليه الإمام مالك فى هذا الحكم .

وكالذى يتبع مذهب الإمام الشافعى فيحفظ أن هذا المذهب يرى أن خلوة الزوج بالمرأة التى عقد عليها قبل أن يدخل بها دخولا حقيقيا لا تأخذ حكم الدخول الحقيقى ، فلا يجب لها كل المهر المسمى فى العقد بل نصفه فقط إذا حصل الطلاق قبل الدخول الحقيقى [4] ، ولكن هذا المنتمى لمذهب الإمام الشافعى لا يعرف الدليل الذى استند إليه الشافعى فى هذا الرأى .

وكالذى يتبع مذهب الإمام أحمد بن حنبل فيحفظ مما يحفظ فى هذا المذهب أنه يجوز للقاضى أن يحكم بشاهد واحد ويمين المدعى [5] ، لكن هذا الشخص لا يعرف دليل ذلك .

---

(1) شرائع الإسلام للحلى ، جـ ٤ ، ص ٦٧ .

(2) البحر الزخار ، جـ ٦ ، ص ١١٩ .

(3) مواهب الجليل للحطاب ، وبهامشه التاج والإكليل للمواق ، جـ ١ ، ص ٢٩٦ .

(4) الحاوى للماوردى ، جـ ١٣ ، مخطوط بدار الكتب المصرية .

(5) صحيح مسلم ، بشرح النووى ، جـ ١٢ ، ص ٤ .

وهكذا ، فهؤلاء مقلدون يحفظون مذاهب أئمتهم لكنـــــهم لا يعرفـــون غوامضها ولا تتوفر عندهم القدرة العلمية على تقرير الأدلة التى تستدل بها هذه المذاهب الفقهية وهؤلاء لا يجوز توليتهم القضاء عند من يشـــترطون فى القاضى أن يكون مجتهدا .

الرأى الثانى : لا يشترط الاجتهاد فى القاضى ، وبهذا الرأى قال أبـو حنيفة ، وبعض المالكية [1] ، كابن العربى ، فإنه يرى أن الاجتهاد ليـــس شرطا بل يشترط عنده العلم وأما الاجتهاد إذا وجد فلا يجوز العدول عـــن صاحبه قط [2] . ويرى بعض فقهاء الإباضية أن الاجتهاد ليس شرطا فـــى القاضى فينعقد القضاء لمن لم يبلغ درجة الاجتهاد مع وجود مـــن بلغـــها بشرط أن يكون ذا علم ونباهة ، وفهم بما يتولى أمره [3] .

التقليد يضاد الاجتهاد :

معنى الاجتهاد كما سبق أن بيناه : " بذل الفقيه وسعه فـــى اســـتنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية " .

ومعنى بذل الوسع أن يحس من نفسه العجز عن المزيـــد علـــى مـــا بذله [4] ، والتقليد يضاد الاجتهاد ، وقد عرف العلمـــاء التقليـــد بعبـــارات مختلفة ، عرفه بعضهم بأنه قبول رأى الغير بلا دليل ولا حجة ، وعرفـــه الجرجانى بأنه عبارة عن اتباع الإنسان غيره فيما يقول أو يفعـــل معتقـــدا

---

(١) يرى ابن عبد السلام وغيره من فقهاء المالكية أنه يصح تولية المقلد القضاء لكن بشـــرط أن يكون مجتهد مذهب ، او مجتهد فتوى ، أسهل المـــدارك ، جـــ ٣ ، ص ١٩٧ ، ونظام القضاء فى الإسلام ، مصدر سابق ، ص ١٩ .

(٢) مواهب الجليل ، جـ ٦ ، ص ٨٩ .

(٣) شرح كتاب النيل ، وشفاء العليل ، جـ ١٣ ، ص ٢٠ .

(٤) حاشية الصاوى على الشرح الصغير ، جـ ٤ ، ص ١٨٨ ، وأصول الفقـــه الإســـلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ، ص ٤٢٣ .

الأحقية فيه من غير نظر وتأمل فى الدليل ، فقال الجرجـــانى : إن هـذا المتبع جعل قول الغير أو فعله قلادة فى عنقه .

وعرفه ابن السبكى بأنه أخذ القول من غير معرفة دليله [1].

وعرفه تقى الدين الحصنى بأنه قبول قول المستند إلى الاجتهاد ، فلـو قال إنسان مثلا : رأيت القطب ، فإن الأخذ به يكون خبر لا تقليد ، لأنه لم يكن هذا القول مستندا إلى الاجتهاد ، بل يستند إلى الرؤية [2].

هذا ما يتصل بكل من معنى الاجتهاد والتقليد ، ويـرى البعـض أن القياس والاجتهاد بمعنى واحد ، قال الشيرازى فى كتابـه " اللمـع " فـى أصول الفقه : ذهب بعض الناس إلى أن القياس هو الاجتهاد والصحيـح أن الاجتهاد أعم من القياس ، لأن الاجتهاد بذل المجتهد وسعه فى طلب الحكم وذلك يدخل فيه حمل المطلق على المقيد ، وترتيب العام على الخـاص ، وجميع الوجوه التى يطلب منها الحكم ، وبعض ذلك ليس بقياس .

وقال القاضى عبد الوهاب من المالكية فى كتابـه " الملخـص " فـى أصول الفقه : ذهب بعض أهل الأصول إلى أن الاجتهاد هو القياس وأنهما اسمان بمعنى واحد ، وهذا غير صحيح ، لأن الاجتهاد أعم مـن القيـاس ينظم القياس وغيره ، ولذلك قالوا : هذا الحكم علمناه قياسا وهذا علمنـاه اجتهادا ، وقال فى مواضع أخرى : اعلم أن الاستدلال أعم من القياس لأن

---

(1) ويرى بعض العلماء أن أخذ القول مع معرفة دليله يمكن أن يسمى تقييدا ويكـون هـذا واسطة بين التقليد والاجتهاد ، وعلل هذا بأنه لا ينطبق عليه تعريـف الاجتهـاد ، ولا تعريف التقليد ، انظر شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، لمحمد بن يوسـف أطفيـش ، جـ١٧ ، ص ٤٧٤ ، ٤٧٥ .

(2) التعريفات للجرجانى ، ص ٣٧ ، ٣٨ ، وكفاية الأخيار ، لتقى الدين الحصنى ، جـ ١ ، ص ٩٧ .

كل قياس يتضمن الاستدلال وليس كل دليل قياسا ، يبين أن الاستدلال يصح فى الظواهر والاستنباط على غير وجه القياس [1].

<u>ومن المعلوم أن هناك ثلاثة أنواع من الاجتهاد :</u>

أحدها : الاجتهاد المطلق أى المستقل وهو أن تتوافر فى الشخص القدرة على استنباط الحكم فى جميع أبواب الشرع بقواعده لا قواعد غيره ، بأن كان يستطيع أن يفتى فى العبادات ، والمعاملات من بيع وإجارة ، ورهن وشفعة وغيرها ، ومسائل الأسرة والجنايات وما عدا هذا من أبواب الشرع ، بالقواعد التى وضعها فى استنباط الأحكام .

النوع الثانى : اجتهاد المذهب ، وهو أن يكون متمكنا من معرفة الأحكام فى الوقائع التى لم يرد فيها نص عن إمام مذهبه ، بطريق التخريج على النصوص ، أو القواعد المنقولة عن هذا الإمام ، فاجتهاده لا يخرج عن دائرة إمام مذهبه [2].

---

(١) نقلا عن كتاب الرد من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد فى كل عصر فرض ، للسيوطى ، ص ٨٣ .

(٢) لكل إمام من الأئمة المجتهدين أصول يسير عليها فى الاستنباط وتختلف هذه الأصول بين الأئمة فى بعضها ، فمثلا يرى أبو حنيفة أنه إذا خالف الراوى بفعله ما رواه ، فإنه يجب الأخذ بفعله لا بما رواه ، ويرى الشافعي وجوب الأخذ بما رواه ، وتطبيق هذه القاعدة يتضح مما رواه أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليغسله سبعا إحداهن بالتراب " ، فهذا حديث رواه أبو هريرة لكن ثبت من فعل أبى هريرة أنه غسل قل من السبع ، فهل تأخذ بروايته أم نأخذ بفعله ؟ أبو حنيفة يرى الأخذ بالفعل لأن دلالة الفعل أقوى من دلالة القول ، والشافعي يرى الأخذ بالقول لاحتمال النسيان من أبى هريرة ، ومن أصول مالك تقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد ، ومن أصول أبى حنيفة أيضا تقديم القياس على خبر الواحد إذا كان الراوى صحابيا غير فقيه ، فمجتهد المذهب يلتزم بالقواعد التي يلتزم بها غمامه فى معرفة الأحكام .

النوع الثالث : اجتهاد الفتوى ، وهو أن يكون متمكنا من ترجيح قول لإمام المذهب على قول آخر ، أو الترجيح بين ما قاله الإمام وما قاله تلاميذه ، أو غيره من الأئمة .

فالمجتهد المطلق أى المستقل مثل علماء الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة المشتهرة ، أبى حنيفة ، ومالك والشافعى ، وأحمد بن حنبل ــ رضى الله عنهم جميعا ــ .

ومجتهد المذهب كابن القاسم وابن وهب فى المذهب المالكى ، والكمال ابن الهمام فى المذهب الحنفى ، والغزالى ، والنووى فى المذهب الشافعى، ومجتهد الفتوى ككبار المؤلفين من أهل المذاهب (١).

فما هو نوع الاجتهاد المشترط فى القاضى عند من يقول به من العلماء من هذه الأنواع الثلاثة ؟

أغلب الذين يشترطون الاجتهاد فى القاضى يريدون به الاجتهاد المطلق ، وقد بين العلماء أنه لابد من توفر عدة أمور علمية ، عند الشخص حتى يصح أن يتحقق عنده الاجتهاد المطلق ، وهذه الأمور هى ــ بعد تحقق ثلاثة شروط بدهية ، وهى شرط الإسلام ، و البلوغ ، وشدة الفهم بالطبع ــ ما يأتى :

أولا : لابد أن يكون عارفا من القرآن والسنة ، ما يتعلق بالأحكام ، ولا يشترط أن يكون حافظا للآيات الكريمة أو الأحاديث الشريفة عن ظهر قلب ، بل يكفى أن يكون عارفا بمواضع أحكام القرآن والسنة ، لكى يرجع إليها عند الاحتياج إليها ، فيرجع إلى الآية التى يريد أن يستعين بها فى التعرف على الحكم الذى يريد أن يستنبطه ، ويلزمه بالنسبة إلى السنة أن يكون متمكنا من الرجوع إلى أصل مصحح لجميع الأحاديث التى تتعلق

---

(١) حاشية ابن عابدين ، جـ ٥ ، ص ٣٦٥ .

بالأحكام ، قال الغزالى : " ويكفيه أن يعرف مواقع كل باب ، فيراجعه وقت الحاجة إلى الفتوى ، وإن كان يقدر على حفظه فهذا احسن وأكمل [١]. لكن يجب أن يعرف خاص القرآن وخاص السنة وعامهما ، ومطلقهما ومقيدهما ، ومجملهما ومبينهما ، ويعرف الناسخ والمنسوخ ، والنص والظاهر ، والمحكم [٢] ويعرف من السنة : المتواتر ، والآحاد ، لأنه لا يتمكن من الترجيح بين الأدلة عند تعارضها ــ بحسب الظاهر ــ إلا بمعرفة ذلك ويعرف الحديث المتصل ، والمرسل [٣] ، والمنقطع ،

---

(١) المستصفى للغزالى جـ ٢ ، ص ٣٥١ ، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

(٢) المحكم : هو اللفظ الذى وضحت دلالته على الحكم ، ولا يحتمل تأويلا ، ولا تخصيصا ، ولا نسخا .

مثال النصوص التى تدل على أحكام أساسية هى من قواعد الدين ، كالإيمان بالله تعالى وملائكته ... الخ .

أو كان نصا دل على حكم شئ هو من أمهات الفضائل كالعدل ، والوفاء بالوعد .

أو دل على حكم جزئى ورد التصريح بتأبيده ، ودوامه ، مثل قوله تعالى : ﴿ **وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا** ﴾ .

الظاهر : هو اللفظ الذى وردت دلالته على معناه ، بحيث لا يتوقف فهم المراد منه على قرينة خارجية ، مع احتمال التأويل والتخصيص ولم يكن الحكم المستفاد منه هو المقصود الأصلى من سوق الكلام ، مثاله : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾ فكلمة ﴿ **أحل** ﴾ تدل دلالة واضحة على حل البيع ، وكلمة ﴿**حل**﴾ تدل دلالة واضحة على حرمة الربا لكن كلا منهما ليس مقصودا بالأصالة من سوق الكلام ، وإنما المقصود الأصلى بيان الفرق بين البيع والربا لأن الآية نزلت ترد على الذين قالوا بالتساوى بينهما فقالوا : ﴿ **إنما البيع مثل الربا** ﴾ .

النص : هو اللفظ الذى وضحت دلالته على معناه مع احتمال التأويل ، والتخصيص ، وكان الحكم المستفاد منه هو المقصود الأصلى من سوق الكلام ، مثل ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾ فى التفرقة بين حكم البيع وحكم الربا .

(٣) المرسل ما سقط منه الصحابى ، والمنقطع ما حذف من سنده راو واحد قبل الصحابى ، ولو تعدد فى المواضع ، بحيث لا يزيد الساقط فى الموضع الواحد على واحد ، مثاله فى حديث متصل الإسناد رواه أحمد : قال أحمد ، قال الشافعى ، قال مالك ، قال نافع ، قال ابن عمر : فإذا قال أحمد : قال الشافعى ، قال مالك ، قال ابن عمر ، وحذف==

والمعضل ، وغير ذلك من انواع الحديث الضعيف ، ويعرف الصحيح ، الحسن ، وحال الرواة قوة وضعفا ، لأنه يتوصل بذلك إلى تقرير الأحكام ، فيقدم عند التعارض ، فى ظاهر النصوص ، الخاص على العام ، والمقيد على المطلق والمبين على المجمل ، والنص على الظاهر ، والمحكم على المتشابه ، والناسخ والمتصل ، والقوى على مقابلها ٠ ثانيا : أن يكون عارفا بلسان العرب ، لغة ونحوا ، وصرفا ، وبلاغة ، بمستوى يتسير له به أن يفهم الكلام العربى وعادة العرب فى استعمال الألفاظ ، لأنه لابد منها فى فهم الكتاب والسنة وهما عربيان ٠

ثالثا : أن يعرف أقوال العلماء من الصحابة ومن بعدهم ، إجماعا وإختلافا ، فلا يخالفهم فى اجتهادهم إذا أجمعوا على حكم من الأحكام ، ولا يجب أن يعرف أقوالهم فى كل مسألة ، بل فى المسألة التى يريد أن يعرف حكمها ، ويكفى أن يعرف أن المسألة التى يفتى أو يحكم فيها أن قوله لا يصادم الإجماع فى هذه المسألة ، إما بكونه يعلم أن قوله يوافق بعض العلماء السابقين ، أو أنه يغلب على ظنه أن هذه المسألة من المسائل التى لم يتكلم فيها السابقون بل هى إحدى المسائل التى تولدت فى عصره ٠

رابعا : أن يكون عارفا بالقياس ، وشروطه وأنواعه ، فيعرف القياس الجلى ، وهو ما يقطع فيه بنفى الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، أو بعبارة أخرى هو ما كانت علة الفرع أقوى منها فى الأصل ، كقياس

==منه نافعا كان منقطعا فى موضع واحد ، وإذا قال أحمد : قال مالك ، قال ابن عمر وحذف الشافعى ونافعا كان منقطعا فى موضعين ٠

والحديث المعضل : ما حذف من سنده اثنان على التوالى فى الموضع الواحد ، سواء كان الحذف من أوله أو من وسطه ، او من آخره ٠

مثاله فى المثال السابق : إذا قال أحمد : قال الشافعى : قال ابن عمر عن النبى ﷺ ، وحذف منه مالكا ونافعا على التوالى كان معضلا فى وسطه ، وهكذا ٠

انظر : الشهاوى : فى مصطلح الحديث للدكتور ابراهيم دسوقى الشهاوى ، ص ٢٩ ٠

الضرب لأحد الوالدين على التأفيف المحرم بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف** ﴾ [1]، ويعرف القياس المساوى ، وهو ما يبعد فيه الفارق ، أو هو ما كانت العلة التى بنى عليها الحكم فى الأصل موجودة بقدر ما هى متحققة فى الأصل ، وذلك كقياس إحراق مال اليتيم على أكله ، الذى حرمه الله تبارك وتعالى بقوله : ﴿ **ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده** ﴾ [2]، وقوله عز وجل ﴿ **إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا** ﴾ [3]، ويعرف القياس الأدنى ، وهو ما لا يبعد فيه انتفاء الفارق ، أو بعبارة أخرى هو ما كانت العلة فى الفرع أضعف وأقل وضوحا مما هى فى الأصل ، مع تساوى الأثنين فى تحقيق أصل المعنى الذى صار به الوصف علة ، مثل قياس التفاح على القمح ، فى كونه من الأشياء الربوية ـ عند الشافعية ـ التى لا يجوز بيع شئ منها بجنسه بزيادة ، والعلة المشتركة هنا بين القمح الذى ثبت حكمه من الحديث الشريف ، وبين التفاح أن كلا منهما مطعوم [4].

---

(١) سورة الإسراء الآية ٢٣ .

(٢) سورة الأنعام الآية ١٥٢ .

(٣) سورة النساء الآية ١٠ .

(٤) قال رسول الله ﷺ : " الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل يد بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطى فيه سواء " ، رواه البخارى ومسلم ، وزاد مسلم وأحمد أنه ﷺ قال : فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدي بيد " .
وقد اختلف العلماء فى العلة فى الربا فى هذه الأصناف الستة ، حتى يقاس عليها ما عداها ، فيرى ابن حزم الظاهرى ، وابن عقيل من علماء الحنابلة أنه لا يقاس على هذه الستة شئ آخر ، فلأن مذهبه لا يأخذ بالقياس ، وأما ابن عقيل فلأنه لم يجد علة فى الأصناف الستة ليعمل بالقياس ، ويرى الحنفية أن العلة هي الكيل والوزن ، مع اتحاد الصنف ، وهذا أيضا ما يراه الشيعة ، وهو ظاهر مذهب أحمد ، ويرى الشافعية أن ربا التفاضل يحرم في النقدين (الذهب والفضة) وكل طعام بطعام إذا اتحد الصنف وهذا أيضا رواية عن أحمد ، ويرى المالكية أن ربا التفاضل يحرم فى الصنف الواحد من النقدين أو من القوت وما يصلحه عادة .

ويجب كذلك أن يعرف طرق استخراج العلل ، والاستنباط ، وقد بين العلماء أنه لا يشترط أن يحصل على النهاية فى كل الأمور التى اشترطت فى المجتهد المطلق ، بل يكفى الدرجة الوسطى فى كل ذلك .

واجتماع ذلك كله إنما هو الشرط فى المجتهد المطلق الذى يفتى فى جميع أبواب الفقه [1].

ويبين القاضى عياض طريقة العمل بالأدلة الشرعية ، فيقول : " إن ترتيب الاجتهاد على ما يوجبه العقل ، ويشهد له الشرع ، تقديم كتاب الله عز وجل على ترتيب أدلته فى الوضوح ، من تقديم نصوصه ، ثم ظواهره ثم مفهوماته ، ثم كذلك السنة على ترتيب متواترها ، ومشهورها ، وآحادها ثم ترتيب نصوصها ، وظواهرها ، ومفهوماتها ، ثم الإجماع عند عدم الكتاب ومتواتر السنة ، وعند عدم هذه الأصول كلها القياس عليها والاستنباط منها ، إذ كتاب الله مقطوع به ، فوجب تقديم ذلك كله ، ثم الظواهر ، ثم المفهوم ، لدخول الاحتمال فى معناها ، ثم أخبار الآحاد عند عدم الكتاب والمتواتر منها ، وهى مقدمة على القياس ، لإجماع الصحابة وتركهم نظر أنفسهم متى بلغهم خبر الثقة وامتثالهم مقتضاه دون خلاف منهم فى ذلك ، ثم القياس أحرى عند عدم الأصول على ما مضى عليه عمل الصحابة ومن بعدهم من السلف المرضيين ــ رضى الله عنهم ــ " أ.هـ [2].

---

(١) نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ، ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، وبين العلماء أن من لا تتوافر فيه صفة الاجتهاد لا يفتى الناس برأيه ، وإنما يخبر عن فتوى المجتهدين ، قال الإمام الباجى فى مجال الاستدلال لشرط الاجتهاد فى القاضى ، بعد أن ذكر قول الله تبارك وتعالى : ﴿ إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ﴾ ، قال الباجى : " ومن ليس من أهل الاجتهاد فإنه لا يرى شيئا ، وبذلك قال الفقهاء المتقدمون إنه لا يفتى من لا يعرف ذلك إلا أن يخبر بما سمع ، فلم يجعل ذلك من باب الفتوى ، وإنما هو إخبار عن فتوى صاحب المقالة ، عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى " المنتقى شرح موطأ مالك للباجى ، جـ ٥ ، ص ١٨٣ .

(٢) الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، لمحمد بن الحسن الحجوى ، جـ ١ ، ص٣٨٤ .

ســـؤال :

وهنا يمكن أن يسأل القارئ : هذه الشروط التي بينتموهـا لا تتحقـق جميعها في شخص واحد ، فكيف يجوز اشتراطها ؟ هذا السؤال أثاره ابـن قدامة الفقيه الحنبلي المشهور ، وأجاب عنه بما يفيد أنه ليس مـن شـرط المجتهد أن يكون محيطا بكل هذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، أو متبحرا فيها ، حتى يكون في النحو كسيبويه ، وفي اللغة كالخليل ، وإنما يحتـاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتـاب والسـنة ، ولسـان العرب ، لا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبـو بكـر الصديق ، وعمر بن الخطاب في حال خلافتهما ، يسألهما بعض الناس عن الحكم في بعض المسائل ، فلا يعرفان ما فيه من حديث رسـول الله ﷺ ، فيسألان الناس ، فيخبرهما من يعلم بحديث عن رسول الله ﷺ :

فقد سئل أبو بكر عن الميراث الذي تستحقه الجدة ؟ فقال لها : مـالك في كتاب الله شئ ، ولا أعلم لك في سنة رسـول الله ﷺ شـيئا ، ولكـن ارجعي حتى أسأل الناس ، ثم قام ، فقال : أنشد الله من يعلم قضاء رسـول الله ﷺ في الجدة ، فقام المغيرة بن شعبة فقال : أشهد أن رسـول الله ﷺ أعطاها السدس .

وثبت أن عمر ﷺ استشار الناس في إملاص المـرأة (أي إسـقاط جنينها بجناية عليها) فقال المغيرة بن شعبة : شهدت النبي ﷺ قضى فيـه بغرة [1] : عبد أو أمة ، فقال لتأتين بمن يشهد معك ، فشهد له محمد بـن مسلمة .

---

(١) الغرة هي العبد أو الجارية ، وقد سمى العبد والأمة غرة لأنهما من أنفس الأموال ، فـهما يباعان ويشتريان ، فالغرة عند العرب أنفس شئ يملك وقد أجمع الفقهاء علـى تقديـر الغرة بخمس من الإبل .

ومعنى هذا أنه لا مانع من أن يتوقف المجتهد فى بعض المسائل .

وصرح العلماء بأنه لا يشترط فى المجتهد أن يعرف المسائل التى فرعها المجتهدون فى كتبهم ، لأن هذه فروع فرعها الفقهاء بعد أن حازوا رتبة الاجتهاد فلا تكون شرطا له .

وصرح ابن قدامة بأنه ليس من شرط الاجتهاد فى مسألة أن يكون مجتهدا فى كل المسائل ، بل من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها ثبت له صفة الاجتهاد وإن كان جاهلا بغيرها ، وذلك كما إذا كان يعرف الفرائض وأصولها فليس من شرط اجتهاده فيها أن يكون عارفا بالبيوع ، أو الحدود ، أو غيرهما من مجالات الفقه الإسلامى ، وقد ثبت أنه ما من إمام من الأئمة المجتهدين إلا وتوقف فى بعض المسائل ، وقال بعض العلماء : من يجيب فى كل مسألة فهو مجنون ، وإذا ترك العالم كلمة " لا أدرى " أصيبت مقاتله .

وحكى أن الإمام مالكا ﷺ ، وهو أحد الأئمة الأربعة المشهورين سئل عن أربعين مسألة ، فقال فى ست وثلاثين منها : لا أدرى ، ولم يخرج بذلك عن كونه أحد المجتهدين الكبار .

وإنما اعتبر أصول هذه الأمور وهو مجموع مدون فى فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ، ورزق فهمه كان مجتهدا له الفتيا ، وولاية القضاء [1] .

== وتجب الغرة فى الجنين الذكر ، وفى الجنين الأنثى ، ولا فرق فى قيمة الواجب لكل منهما ، والفقهاء يقدرون دية الجنين الذكر بنصف عشر الدية الكاملة ، ولما كانت دية الرجل الكاملة هى مائة من الإبل فإن نصف عشرها يكون خمسا من الإبل ، ويقدر الفقهاء دية الجنين الأنثى بعشر دية الأم ، ولما كانت دية المرأة خمسين من الإبل ، لأنها نصف دية الرجل ، فيكون عشرها خمسا من الإبل .

التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر عودة ، جـ ٢ ، ص ٢٩٩ ، دار التراث بالقاهرة .

(١) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٤٢ ، وإرشاد السارى لشرح صحيح البخارى ، للتسطلانى ، جـ١٠ ، ص ٢٣٤ ، دار الفكر . والإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، لمحمد بن أحمد الشربينى الخطيب ، جـ ٥ ، ص ٨١ ، مطابع الشعب .

وبين العلماء أن الاجتهاد المطلق أصبح سهلا بعد أن دونت العلـــوم ، قال ابن الصباغ : " إن هذا سهل فى هذا الزمان (يقصد زمانـــــه) فـــإن العلوم دونت وجمعت ، وإذا كان الاجتهاد أصبح سهلا فـــى عصـــر ابـــن الصباغ ، ففى عصرنا أصبح أسهل ، بعد أن امتلأت المكتبـــات فـــى دور العلم وغيرها بالكتب المؤلفة فى كافة الفنون التـــى يحتـــاج إليـــها عـــالم الشريعة، فى التعرف على الأحكام الشرعية ، فـــى التفســـير ، والحديـــث وعلومه ، والفقه ، وأصوله ، واللغة ، وكل ما يحتاج إليه من يريد التـــأهل العلمى للاجتهاد والإفتاء ، وليس بلازم أن يكون الاجتهاد فى كل المسائل ، بل كما قال ابن قدامة من عرف أدلة مسألة يتعلق بـــها ثبـــت لـــه صفـــة الاجتهاد وإن كان جاهلا بسواها .

وما صرح به ابن قدامة يصح أن يسمى بتجزؤ الاجتـــهاد ، ومعنـــى تجزؤ الاجتهاد أن تكون عنده القدرة على الاجتهاد فى فن من فنون الفقـــه دون الفن الآخر منه [1] كما لو كانت عنده قدرة الاجتهاد فى فقه الأســـرة فقط ، أو فقه العبادات أو فقه الجنايات ، أو المواريث ، أو فقه المعـــاملات أو فقه العلاقات الدولية وهكذا .

وكذلك يرى الإمام الغزالى ــ وهو شافعى ــ جواز تجزؤ الاجتـــهاد ، قال : " وليس الاجتهاد عندى منصب لا يتجزأ بل يجوز أن يقـــال للعـــالم بمنصب الاجتهاد فى بعض الأحكام دون بعض ، فمن عرف طريق النظـــر القياسى فله أن يفتى فى مسألة قياسية وإن لم يكن ماهرا فى علم الحديـــث ... ومن عرف أحاديث قتل المسلم بالذمى وطريق التصرف فيـــه فمـــا يضره قصوره عن علم النحو الذى يعرف قوله تعـــالى : ﴿ وامســـحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين ﴾ وقس عليه ما فى معناه .

---

(١) كتاب النيل وشفاء العليل ، لضياء الدين عبد العزيز الثمينى مع شرحه لمحمد بن يوســف أطفيش ، جــ ١٧ ، ص ٤٧٥ .

وبعض آخر من فقهاء الشافعية أيضا صرح بجواز تجزؤ الاجتهاد ، قال محمد الشربينى الخطيب " ويجوز تبعيض الاجتهاد بأن يكون العالم مجتهدا فى باب دون باب ، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذى يجتهد فيه " [١] ويقول ابن القيم : " الاجتهاد حالة تقبل التجزؤ والانقسام فيكون الرجل مجتهدا فى نوع من العلم مقلدا فى غيره ، أو فى باب من أبوابه ، كمن استفرغ وسعه فى نوع العلم بالفرائض بأدلتها واستنباطها من الكتاب والسنة دون غيره من العلوم ، أو فى باب الجهاد أو الحج أو غير ذلك " [٢].

والواقع أن العلماء مختلفون فى هذه القضية ، ففريق من العلماء يرى أن الاجتهاد يتبعض أى يتجزأ وينقسم ، وعزاه الصفى الهندى [٣] إلى الأكثرين من علماء الأمة ، قال الشوكانى [٤] : " قال ابن دقيق العيد وهو المختار ، لأنه قد يمكن العناية بباب من الأبواب الفقهية حتى تحصل المعرفة بمآخذ أحكامه ، وإذا حصلت المعرفة بالمآخذ أمكن الاجتهاد " أ.هـ

ومن أدلة هذا الرأى : أنه لو لم يكن من الجائز تجزؤ الاجتهاد للزم أن يكون المجتهد عالما بجميع المسائل ، واللازم منتف ، لأن الواقع يبين

---

(١) المستصفى ، للغزالى جـ ٢ ، ص ٣٥٣ ، ٣٥٤ دار الكتب العلمية بيروت ، الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، جـ ٢ ، ص ٢٩٨ .

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٤ ، ص ٢١٦ .

(٣) الصفى الهندى هو محمد بن عبد الرحيم صفى الدين الهندى ، توفى سنة ٧١٥ هـ ، فقيه شافعى ، ولد بالهند ، وقدم اليمن ، ثم انتقل إلى مكة ، فالقاهرة ، فالبلاد الرومية فدمشق من مؤلفاته النهاية فى أصول الفقه ، انظر ما كتبه محققو كتاب " السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار " للشوكانى ، جـ ١ ، ص ٢٤ ، هامش بتحقيق محمود النواوى وآخرين من مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر ، سنة ١٩٩٣ م .

(٤) السيل الجرار ، للشوكانى ، جـ ١ ، ص ٢٤ .

أن كثيرا من علماء الأمة المجتهدين سئلوا فى مسائل فلم يجيبوا بالحكم فيها ، وكثيرا منهم سئل فى مسائل فأجاب عن بعضها فقط ، ولم يجب عن البعض الآخر ، ولم يغير هذا من وصفهم ومكانتهم بأنهم مجتهدون بلا خلاف .

وفريق آخر يرى أن الاجتهاد لا يتجزأ ، ويستندون إلى ان من لا يستطيع الاجتهاد فى بعض المسائل لا يستطيع الاجتهاد فى البعض الأخر ، لأن أكثر علوم الاجتهاد يتعلق بعضها ببعض وكلها متناظمة متسقة بعضها مع البعض الآخر ، وخاصة ما كان من علوم الاجتهاد مرجعه إلى ثبوت ملكة الاستنباط للأحكام الشرعية ، فإن هذه الملكة إذا تمت حصلت القدرة للشخص على الاجتهاد فى جميع المسائل ، وإن نقصت هذه الملكة فإن الشخص لا يقتدر على الاجتهاد فى أى مسألة ، ولا تتحقق له الثقة فى نفسه لتقصيره ، ولا تتحقق ثقة الناس فيه لذلك .

فأبواب الشرع وأحكامه كما يقول أصحاب هذا الرأى يتعلق بعضها ببعض ، فإذا كان الشخص جاهلا ببعضها فإن من المظنون أن يكون مقصرا فى الباب والنوع الذى عرفه ، ويبينون أن هناك ارتباطا بين كتاب النكاح والطلاق والعدة وكتاب الفرائض وكذلك هناك ارتباط بين كتاب الجهاد وما يتعلق به وكتاب الحدود والأقضية والأحكام وكذلك عامة أبواب الفقه .

ويظهر من كلام الشوكانى فى هذه القضية أنه يرى عدم تجزؤ الاجتهاد ، وقد حكى هذين الرأيين اللذين ذكرناهما ، وما يستند إليه كلاهما ، ثم بين أنه إذا ادعى البعض أنه قد اجتهد فى مسألة دون مسألة فهذه الدعوى يتبين بطلانها بأن يبحث معه من هو مجتهد اجتهادا مطلقا فإن هذا المجتهد المطلق سيورد على من يدعى الاجتهاد فى مسألة دون مسألة من المسالك والمآخذ ما لا يستطيع تعقله [1].

---

(١) السيل الجرار ، جـ ١ ، ص ٢٤ ، ٢٥ .

ونرى الأخذ بالرأى القائل : بجواز تجزئة الاجتهاد ، فكما يوجد الاجتهاد المطلق ، يمكن أن يوجد الاجتهاد الخاص أو الاجتهاد الجزئى ، لأن المطلوب شرعا أن يكون الشخص ملما بكل ما يتصل بالمسألة التى يبحثها من أدلة شرعية ، وهذا من الممكن ومتيسر لكثير من العلماء السابقين ومتيسر أيضا لبعض المعاصرين ٠

وكما يقول ابن القيم الذى يرى تجزؤ الاجتهاد وانقسامه : " إنه قد عرف الحق بدليله ، وقد بذل جهده فى معرفة الصواب فحكمه فى ذلك حكم المجتهد المطلق فى سائر الأنواع " (١)٠

والسؤال الذى يمكن أن يثار هنا هو ما هى مكانة علماء الفقه الإسلامى المعاصرين ؟ وما هو موقعهم بالنسبة إلى أنواع الاجتهاد الثلاثة؟، هل فيهم من يصح أن يكون مجتهدا اجتهادا مطلقا ، او مجتهدا اجتهاد مذهب ، أو اجتهاد فتوى ؟

إذا قلنا بصحة القول بأنه يمكن تجزئة الاجتهاد كما بين العلامة ابن قدامة وغيره بمعنى أنه يصح أن يكون الشخص مجتهدا فى مسألة من المسائل الفقهية ، كالطلاق الثلاث فى كلمة واحدة أو قضاء المرأة ، أو باب من أبواب الفقه كالعبادات ، أو المعاملات ، أو فقه الأسرة ، أو الميراث ، أو غير ذلك ، وليس بلازم أن يكون عالما بغير ذلك من المسائل أو الأبواب الأخرى فى الفقه ، إذا قلنا بهذا الرأى ـ وهو صحيح فإنه يمكن أن تنطبق صفة الاجتهاد الجزئى على العديد من علماء الفقه الإسلامى المعاصرين وإن كانوا قلة بالنسبة إلى باقى العلماء ٠

وكذلك يمكن أن يكون بين الفقهاء المعاصرين من هو مجتهد اجتهاد مذهب ، ومن هو مجتهد اجتهاد فتوى ٠

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٤ ، ص ٢١٦ ٠

لكن الاجتهاد المطلق غير المجزأ ، وهو الذى يكون العالم عنده الملكة العلمية التى تؤهله لأن يستنبط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بقواعده الأصولية هو لا بقواعد غيره ، فى كل أبواب الشرع ، وليس متخصصا في مسألة معينة ، أو باب معين من أبواب الفقه كعلماء الصحابة، وأئمة المذهب الفقهية الأربعة المشتهرة ، فلا أعلم أن أحدا من علماء الفقه الإسلامى المعاصرين فى مصر وغيرها من البلاد العربية أو الإسلامية أو غيرها يصح أن تنطبق عليه هذه الصفة .

والكثيرون من علماء الأمة الإسلامية الآن ليسوا مجتهدين ، لا اجتهادا مطلقا ، ولا اجتهاد مذهب ، ولا اجتهاد فتوى ، وإنما الصفة العلمية التى يصح أن يتصفوا بها هى أنهم علماء مخبرون عن فتوى ، او نقلة فتوى لأنهم ينقلون فتاوى المجتهدين السابقين فى شتى الموضوعات ، ولم يتدخلوا باجتهاد فى استنباط الحكم الشرعى ، فهم فقط يحكون الفتوى عن غيرهم من الأئمة المجتهدين ، فإذا سئل الواحد منهم عن حكم مسألة فإنه يرجع إلى كتب المذاهب الفقهية ، وينقل ما قاله أحد أئمة المذاهب ، فيقول: قال أبو حنيفة كذا أو قال مالك كذا ، أو قال الشافعى أو أحمد ، وهكذا وليس لهم حق الفتوى لأن الفتوى حق المجتهد بأنواعه الثلاثة ، قال الفقهاء المتقدمون إنه لا يفتى من ليس من أهل الاجتهاد إلا أن يخبر بما سمع ، فلم يجعل ذلك من باب الفتوى ، وإنما هو إخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى [1].

وسئل الشيخ عز الدين عبد السلام عن فتوى المقلد فأجاب بأنه حامل فقه ليس بمفت ولا فقيه ، بل هو كمن ينقل فتوى عن إمام من الأئمة ، لا

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ، للباجى ، جـ ٥ ، ص ١٨٣ .

يشترط فيه إلا العدالة وفهم ما ينقله (كتاب الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد فى كل عصر فرض للسيوطى ، ص ٢٣) ٠

إذا لم يوجد مجتهد :

الذين يشترطون الاجتهاد فى القاضى صرحوا بأنه إذا لم يوجد المجتهد ، فإنه يجوز تولية المقلد للضرورة ، حتى لا تتعطل مصالح الناس ، والمقلد هو من حفظ مذهب إمامه ، لكنه غير عارف بغوامضه ، وقاصر عن تقرير أدلته ، كما سبق بيانه ٠

ويسمون المقلد الذى تولى القضاء لعدم وجود المجتهد : قاضى الضرورة ، وقال البعض من العلماء إنه يلزم قاضى الضروزة أن يبين مستنده إذا سئل عنه فى كل الأحكام التى يصدرها ، ولا يقبل قوله : حكمت بكذا من غير أن يبين مستنده فى هذا الحكم ، ولعل هذا من العلماء إنما كان لضعف ولايته ٠

والمراد بمستنده فى الحكم ما استند إليه من بينة ، أو نكول عن اليمين ، أو نحو ذلك [١]٠

وبين بعض العلماء من القائلين باشتراط الاجتهاد أنه إذا لم يوجد المجتهد المطلق يولى أفضل المقلدين ، وهو مجتهد الفتوى ومجتهد المذهب ٠

هكذا يرى بعض العلماء ، ويرى بعض آخر أنه لا يشترط الأفضلى ، بل يصح تولية من هو دون الأفضل مع وجوده ما دام عالما ٠

بل صرح بعضهم بأنه يصح تولية غير العالم حيث شاور العلماء [٢]٠

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٠ ٠

(٢) حاشية الدسوقى ، جـ ٤ ، ص ١٢٩ ٠

هذا ، وإذا كان القاضى غير مجتهد فالواجب عليه أن يشاور العلماء ، فإذا كانت آراؤهم مختلفة فى هذه المسألة التى يستشيرهم فيها قضى بقول أعلمهم وقيل يلزمه أن يقضى بقول أكثرهم ، ويرى ابن فرحون أن الرأى القائل بأنه يقضى بقول أعلم العلماء هو الأصح ، وقيل : إن للقاضى أن يحكم بقول من شاء من العلماء إذا رأى الصواب بذلك ، ولم يقصد الهوى .

وللقاضى غير المجتهد الاكتفاء بمشورة واحد من العلماء ، فإن فعل ذلك فالأفضل أن يشاور أعلمهم (١).

دليل القائلين باشتراط الاجتهاد :

استدل القائلون باشتراط الاجتهاد بما يأتى :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون** ﴾ .

وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن الله تبارك وتعالى أعلم أن النبى ﷺ إذا بين للناس ما أنزل إليهم يتفكرون ويعتبرون ، فإذا لم يكن عندهم تبيين النبى ﷺ لما أنزله الله تبارك وتعالى من القرآن الكريم لم يحدث لهم التفكر فى أحكامه ، لأن التفكر لا يكون إلا فيما هو بيان .

ثانيا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله** ﴾ .

وجه الاستدلال بهذا النص الكريم أن من لم تتوفر فيه صفة الاجتهاد فإنه لا يرى شيئا (٢) ، فالمقلد لا تؤهله قدرته العقلية على رؤية الحكم الصحيح من النص الشرعى .

---

(١) تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، بهامش فتح العلى المالك ، جـ ١ ، ص ٧٨ .

(٢) المنتقى شرح موطأ مالك ، جـ ٥ ، ص ١٨٣ ، وسبل السلام ، جـ ١ ، ص ١١٧ .

ثالثا : ما رواه البخارى ومسلم عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " إذا حكم الحاكم [1] ثم أصاب فله أجران ، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ [2] فله أجر " [3] • فما دام الحاكم يجتهد فى الحكم فهنا يوجد عمل فكرى يبذله الحاكم ، وهو معنى الاجتهاد ، لأن الاجتهاد هو بذل للفكر للوصول إلى حكم شرعى •

أدلة القائلين بعدم اشتراط الاجتهاد :

يستدل لهذا الرأى بما يأتى :

أولا : أن الغرض من القاضى أن يفصل فى الخصومات ، وأن يوصل الحقوق إلى من يستحقها ، فإذا أمكنه ذلك بعلم غيره ، بأن يرجع إلى فتوى غيره من العلماء جاز قضاؤه [4] ، كما يحكم بقول المقومين فى الأمور التى تحتاج إلى تقويم الخبراء [5] ، فإن من المسلم به أن القاضى يستعين فى القضايا التى تحتاج إلى رأى الخبراء والمختصين برأى هؤلاء، ويحكم بناء على ما أبدوه من رأى ومثل هذا حكمه فى القضايا مستعينا بعلم غيره من العلماء المجتهدين ، فكما جاز له أن يحكم بالرجوع إلى رأى الخبراء جاز له أن يحكم بعد الرجوع إلى علم غيره من المجتهدين •

---

(1) أى إذا أراد أن يحكم بدليل قوله ﷺ بعد ذلك : " فاجتهد " فإن الاجتهاد إنما يكون قبل الحكم ، وهذا مثل قوله تعالى : ﴿ **إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين** ﴾ ، وهى آية الوضوء ومعناها إذا أردتم القيام إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم • الآية •

(2) أى لم يوافق ما هو عند الله تعالى من الحكم •

(3) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١١٧ ، والمنتقى شرح موطأ مالك جـ ٥ ، ص ١٨٣ •

(4) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ٣ •

(5) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٤١ •

مناقشة هذا الدليل :

نوقش هذا الدليل بأن الغرض من نصب القاضى وتقليده ليس القضاء على أى وجه كان ، وإنما القضاء على وجه الكمال ، وهذا لا يتحقق إلا إذا توفرت فى القاضى صفة الاجتهاد (١).

ويمكن أن نضيف إلى هذا أن الفارق موجود بين الحكم بعد الاستعانة بالخبراء والمقومين ، والحكم بقول عالم من العلماء ، وهو أن فى مسألة الخبراء المقومين لا يوجد وسيلة غير ذلك بخلاف الحكم باجتهاد الشخص نفسه فهو ممكن ويعطى إطمئنانا أكثر .

ثانيا : ما رواه أحمد بن حنبل فى مسنده ، عن على بن أبى طالب ﷺ ، قال : " أنفذنى رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت : تنفذنى إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لى بالقضاء ؟ فقال : " إن الله تعالى سيهدى لسانك ، ويثبت قلبك ، فما شككت فى قضاء بين اثنين بعد ذلك " فهذا يدل على أن الاجتهاد ليس شرطا فى جواز تولية القاضى ، لأن عليا حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد (٢) ، بدليل أن عليا نفسه صرح بما يفيد أنه ليس مجتهدا وهو قوله : " ولا علم لى بالقضاء " ، وما دام على ليس له علم بالقضاء فلا يكون مجتهدا ، لأنه ليس من المتصور أن يكون الإنسان مجتهدا ولا يعلم القضاء ، فهذا يفيد أن الاجتهاد ليس شرطا فى القاضى .

مناقشة هذا الدليل :

نوقش هذا الدليل بأن النبى ﷺ دعا لعلى بأن يثبت الله قلبه ، ويهدى لسانه ، إما أن يكون دعاء أولا ، فإن كان بدعاء رسول الله ﷺ رزقه الله أهلية الاجتهاد فلا إشكال ، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو

---

(١) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٤٤ .

(٢) حاشية سعدى جلبى مع شرح فتح القدير ، لابن الهمام ، جـ ٧ ، ص ٢٥٧ ، ٢٥٨

العلم والسداد ، فعلي ﷺ كان يحكم وقد تحققت فيه الصفة العلميـة التـى تؤهله لذلك ، وهذا لا يثبت فى غير على ﷺ [١].

هذا ، وقد صرح القائلون باشتراط الاجتهاد فى القاضى بأنه إذا فقـد شرط الاجتهاد فولى رئيس الدولة منصب القضاء غير المجتهد ، فإن أحكام هذا القاضى تنفذ للضرورة لئلا تتعطل مصالح الناس .

وهذا الحكم أيضا فيما لو ولى رئيس الدولة أى شخص آخر ، غـير أهل لمنصب القاضى ، كالفاسق ، والصبى ، والمرأة ، فإن قضاءهم ينفـذ للضرورة [٢].

وأرى ونحن فى مجال الكلام عن الاجتهاد أن أنقل عبارة للصنعـانى يوضح فيها أن الاجتهاد أمر غير متعذر ، وكان كلام الصنعانى فى سياق الرد على من يقول بأن الاجتهاد يكاد أن يكون معدوما بالكلية ، وإذا كـان الاجتهاد متعذرا فمن شرط القاضى أن يكون مقلدا مجتـهدا فـى مذهـب إمامه ، ومن شرطه أن يتحقق أصول إمامه ، وأدلته ، ويـنزل أحكامـه عليها فيما لم يجده منصوصا من مذهب إمامه .

هذا ما قاله بعض العلماء ولم يرتض الصنعانى هذا الكلام ورد عليـه بقوة قائلا : " ولا يخفى ما فى هذا الكلام من البطلان وإن تطـابق عليـه الأعيان ، وقد بينا بطلان دعوى تعذر الاجتهاد فى رسالتنا المسماة بإرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد [٣] بما لا يمكن دفعه ، وما أرى هـذه الدعـوى التى تطابقت عليها الأنظار إلا من كفران نعمة الله عليهم ، فإنهم ــ أعنـى المدعين لهذه الدعوى والمقررين لها ــ مجتهدون يعرف أحدهم من الأدلـة

---

(١) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٥٦ .

(٢) تكملة المجموع ، لمحمد نجيب المطيعى ، جـ ١٩ ، ص ١١٧ .

(٣) جمعت ضمن الرسائل المنبرية كما هو مبين بهامش سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١١٨ .

ما يمكنه بها الاستنباط مما لم يكن قد عرفه عتاب بن أسيد قاضى رسول الله ﷺ فى اليمن ، ولا معاذ بن جبل قاضيه فيها وعامله عليها ، ولا شريح قاضى عمر وعلى رضى الله عنهما على الكوفة " .

ثم يقول **الصنعانى** : " فهلا جعل هذا المقلد إمامه كتاب الله وسنة رسوله ﷺ عوضا عن إمامه ، وتتبع نصوص الكتاب والسنة عوضا عن تتبع نصوص إمامه ، والعبارات كلها ألفاظ دالة على معان ، فهلا استبدل بألفاظ إمامه ، ومعانيها ألفاظ الشارع ومعانيها ، ونزل الأحكام عليها إذا لم يجد نصا شرعيا عوضا عن تنزيلها على مذهب إمامه فيما لم يجده منصوصا ؟ تالله لقد استبدل الذى هو أدنى بالذى هو خير ، من معرفة الكتاب والسنة إلى معرفة كلام الشيوخ والأصحاب وتفهم مرامهم ، والتفتيش عن كلامهم ، ومن المعلوم يقينا أن كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ أقرب إلى الأفواه والأسماع ، وأقربه إلى الفهم والانتفاع ، ولا ينكر هذا إلا جلمود الطباع ، ومن لاحظ له فى النفع والانتفاع ، والأفهام التى فهم بها الصحابة الكلام الإلهى والخطاب النبوى هى كأفهامنا ، وأحلامهم كأحلامنا ، إذ لو كانت الأفهام متفاوتة تفاوتا يسقط معه فهم العبارت الإلهية والأحاديث النبوية لما كنا مكلفين ، ولا مأمورين ، ولا منهيين ، لا اجتهادا ولا تقليدا .

أما الأول فلاستحالته ، وأما الثانى فلأننا لا نقلد حتى نعلم أنه يجوز لنا التقليد ، ولا نعلم ذلك إلا بعد فهم الدليل من الكتاب والسنة على جوازه ، لتصريحهم بأنه لا يجوز التقليد فى جواز التقليد ، فهذا الفهم الذى فهمنا به هذا الدليل نفهم به غيره من الأدلة من كثير وقليل ، على أنه قد شهد المصطفى ﷺ بأنه يأتى من بعده من هو أفقه [1] ممن فى عصره وأوعى لكلامه ، حيث قال : " فرب مبلغ أفقه من سامع " وفى لفظ " أوعى له من سامع " .

---

(١) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١١٨ .

انتهى هذا الكلام الجيد للصنعانى ، ولا يخفى على القارئ أن الصنعانى يقصد الحث على الاجتهاد لمن عندهم القدرة العلمية التى تؤهلهم لفهم نصوص الكتاب والسنة ، حسب القواعد الواجب مراعاتها فى استنباط الأحكام ، ولا يظن أن الصنعانى قصد أن من حق كل أحد أن يجتهد فى استنباط الأحكام ، ولو لم يكن مؤهلا التأهيل العلمى لذلك .

وبعد ، فمن الأفضل فى العصر الذى نعيش فيه بل من الواجب أن يوجد تقنين شرعى موحد ، لعدم توفر شرط الاجتهاد فى القضاة الآن ، ولأن النظم المعاصرة تلزم القاضى أن يحكم بالنصوص القانونية ، ولا يحق له أن يخرج عنها ، وبعض هذه النصوص القانونية ليست شرعية ولهذا فالواجب الدائم علينا نحن علماء الشريعة المناداة بتقنين الشريعة .

وإذا قننت الشريعة ، وأصبحت الأحكام الشرعية فى صورة مواد قانونية فلا نحتاج إلى اشتراط الاجتهاد فى القاضى لأنه ملزم بالحكم بما نصت عليه القوانين .

الشرط الحادى عشر : عند بعض العلماء : ألا يكون دفع رشوة لتولية القضاء :

اشترط المالكية لصحة تولية القاضى الذى لا يتعين عليه القضاء : ألا يكون قد دفع رشوة ليحصل على هذا المنصب ، فإن كان ممن لا يجب عليه تولى القضاء ودفع رشوة لكى يحصل على هذا المنصب فلا تنعقد عندهم ولايته ، وقضاؤه مردود ، حتى لو وافق الحق ، وتوفرت فيه شروط القضاء ، هكذا صرح علماء المالكية [١].

وأما إذا كان يجب عليه تولى القضاء ، فقد اختلف المالكية فيه ، هل يجوز له أن يبذل مالا ليتقلد منصب القضاء أم لا ، على رأيين فى الفقه المالكى ، أحدهما الجواز ، لأنه إنما بذل المال ليحصل على أمر واجب ، والآخر بعدم جواز ذلك .

---

(١) البهجة ، شرح التحفة ، جـ ١ ، ص ١٩ ، والشرح الصغير لأحمد الدردير ، جـ ٤ ، ص ١٩١ .

وكذلك يرى الشافعية أنه إذا تعين للقضاء واحد لا يصلح لـــه غـــيره لزمه طلبه ، حتى لو توصل إلى ذلك بدفع مال فاضل عن قوته ، وقـــوت من تلزمه نفقته ، لأن القضاء يترتب عليه مصلحة عامة للمسلمين ، فوجب بذل المال للقيام بهذه المصلحة (١).

ومال بعض الشافعية إلى أنه يجب عليه طلب القضاء وإن كان يظـــن عدم إجابته طلبه ، أخذا من قول العلماء : يجب الأمر بالمعروف والنـــهى عن المنكر وإن علم الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر عـــدم الامتثـــال له .

الشرط الثانى عشر : عند بعض العلماء :

أن لا يكون أميا لا يكتب :

يرى بعض العلماء أنه يشترط فى القاضى أن يكون كاتبا . وهذا أحد الشروط المختلف فيها ، فيرى بعض العلماء اشتراطه ، فلا يصح أن يولى القضاء الأمى الذى لا يكتب وإن كان عالما عدلا ، ويرى البعض الآخـــر أنه يصح أن يكون القاضى أميا لا يكتب .

دليل الرأى المجوز :

أما الرأى القائل بجواز أن يكون القاضى أميا ، فقد علل ذلك بأنه مـــع كونه أميا فهو من أهل الاجتهاد والعدالة ، وفقد الكتابة لا يؤثر فيه .

وأيضا فإن النبى ﷺ كان لا يكتب ، وهـــو إمـــام الأئمـــة ، وحـــاكم الحكام .

دليل الرأى المانع :

وأما الرأى القائل بعدم صحة تولية الأمى القضاء ، فقد علل ذلك بأنـــه يحتاج إلى أن تقرأ عليه المحاضر والسجلات ، ويقف علـــى مـــا يكتـــب كاتبه ، فإذا لم يكن كاتبا فربما غير عليه القارئ أو الكاتب .

وقد أجاب أصحاب هذا الرأى على قياس القاضى على النبـــى ﷺ ، بأن القياس لا يصح ، لوجود الفارق بينهما ، فإن عدم كون النبى ﷺ كاتبا من معجزاته ﷺ ، لكى يثبت أن القرآن العظيم الذى تحدى بـــه الإنـــس

(١) نهاية المحتاج ، وحواشيه ، جـ ٨ ، ص ٢٣٦ .

والجن هو من عند الله تبارك وتعالى ، وهو ﷺ معصوم ولا يتحقق لغيره هذه الصفة .

وأيضا فإن أصحابه رضى الله تعالى عنهم كانوا يتصفون بالعدالة والخيانة منهم مأمونة فى الكتابة له ، بل حتى لو فرضنا أنه كان يمكن لأحدهم أن يخون ، فإن الله تبارك وتعالى يعلم رسوله ﷺ بذلك [1].

هذا ، ولا يخفى أن الأمية الآن أصبحت عيبا كبيرا وإن كانت فى الرسول لحكمة إعجاز القرآن ، وليس من المقبول عقلا الآن أن لا يشترط فى القاضى مستوى علمى يؤهله للقضاء وهو ما يشترطه القانون من وجوب الحصول على درجة علمية عالية فى القانون .

هل يشترط أن يكون القاضى واحدا ؟

صرح بعض العلماء بأنه يجب أن يكون القاضى واحدا ، بمعنى أ لا يتولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك ، بحيث لا يكون من حق أحدهما أن ينفرد بالنظر فى قضية ولا قبول بينة ، ولا أن ينفرد بإنفاذ حكم ، وعبر أحد العلماء عن هذا الحكم بقوله : لا يجوز أن يكون الحاكم نصف حاكم .

فعلى هذا لا يجتمع اثنان بحيث يكونان جميعا حاكما فى قضية واحدة ، وأما أن يتعدد القضاة فى البلد الواحد بحيث ينفرد كل واحد منهم بالنظر فى القضايا التى ترفع إليه ، فذلك أمر جائز لا شئ فيه .

وقد استدل لهذا بأن المذاهب الفقهية مختلفة ، والأغراض متباينة ، ولا يصح أن يتفق رجلان فى كل شئ حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر ، وإذا أشرك بين القاضيين فإن ذلك يكون داعيا إلى أن يختلفا فى

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك للباجى ، جـ ٥ ، ص ١٨٤ ، وتكملة المجموع للمطيعى ، جـ ١٩ ، ص ١١٧ .

القضية التى ينظرانها ، ويوقف نفوذهما كتعدد رئيس الدولة فى القطر الواحد . وبين أصحاب هذا الرأى أنه لا يعترض على هذا الرأى بتعدد الحكم عند حدوث الشقاق بين الزوجين [1] ، وبتعدد الحكم فى جزاء قتل الصيد فى الحرم ، لأن الحكمين فى الشقاق الحادث بين الزوجين أو الحكمين فى تقدير جزاء قتل الصيد فى الحرم إنما يحكمان فى قضية واحدة وليس لهما ولاية القضاء ، فإن اتفق حكمهما نفذ حكمهما وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما وأسند الحكم إلى غيرهما فلا يحدث من ذلك أى ضرر ، وهذا يتنافى مع الولاية ، والقضاء ولاية ــ لأن من تولى القضاء لا يمكن الاستبدال به عند الخلاف فى الرأى ، لأن ذلك يؤدى إلى أن تتوقف الأحكام ويمتنع تنفيذها [2].

ونرى : أنه لا مانع من تعدد القاضى فى نظر قضية واحدة ، ولعل التعدد أدعى إلى الحيطة فى الحكم ، بل هو كذلك وعند الاختلاف يرجح الحكم الذى قال به الأكثر ، ويحتاط فى ذلك بأن يكون عدد القضاة عددا وتريا ، بأن يكونوا ثلاثة ، أو خمسة ــ مثلا ، والقوانين الوضعية راعت هذا الاحتياط فى تشكيل المحكمة المختصة بنظر الدعوى ، فمع أن القانون ينص على أن تشكل المحكمة الجزئية من قاض واحد من قضاة المحكمة الابتدائية التابعة لها المحكمة الجزئية ، فإنه نص على ان تشكل محكمة الجنح والمخالفات المستأنفة من ثلاثة قضاة من المحكمة الابتدائية ، وأن تشكل محكمة الجنايات من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف ، وأن تشكل محكمة النقض من خمسة من مستشاريها ، كما جاء فى المواد

---

(١) عند حدوث الشقاق بين الزوجين أوصى الشرع بتدخل حكمين ليصلحا بين الزوجين أحدهما من أهل الزوج والثانى من أهل الزوجة ، فى قول الله تبارك وتعالى ﴿ **وإن خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما** ﴾ .

(٢) المنتقى شرح الموطأ ، جـ ٥ ، ص ١٨٢ .

رقم ٣ ، ٤ ، ٧ ، ٩ ، ١١ ، من قانون السلطة القضائية والمادة رقم ٣٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية ، فإذا صدر الحكم من إحدى هذه المحاكم دون أن يتحقق العدد المنصوص عليه قانونا كان الحكم باطلا [١].

هل يشترط علم من له سلطة تعيين القضاة بتحقق الشروط فى الشخص :

بعد أن بينا فيما سبق الشروط التى قال بها العلماء من القاضى حتى تصح توليته ، نحب أن نبين هنا هل يكتفى بمجرد ظن من له سلطة تولية القضاة أن هذه الشروط موجودة فيمن سيوليه ، أم لابد أن يعلم تحقق هذه الشروط ولا يكتفى بمجرد الظن ؟

أجاب عن هذا السؤال بعض الفقهاء بأن المدار فى هذه الشروط على ما فى نفس الأمر ، لا على ما فى ظن المكلف ، وذلك بأن يكون عالما بوجود هذه الشروط فى هذا الشخص الذى سيوليه القضاء ، أو يعتمد على شهادة عدلين عارفين بوجود هذه الشروط فى هذا الشخص ، وينـدب لـه اختباره حتى يزداد بصيرة ، لكن لو ولى رئيس الدولة ، أو من له سلطة تولية القضاة شخصا لا يعلم فيه هذه الشروط ، ثم بعد التولية تبين أنها موجودة فى هذا الشخص الذى ولاه القضاء فإن توليته تصح [٢].

ومعنى هذا أنه نظرا لسمو هذا المنصب وخطره ، فإنه يجب على رئيس الدولة أو من له سلطة تولية القضاة أن يتحرى عن الأشخاص الذين يمكن توليتهم هذا المنصب ولا يكتفى بمجرد الظن ، بل لابد من التأكد التام

---

(١) دروس فى الإجراءات الجنائية ، الحكم ونظرية الطعن فيه ، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ، ص ٦ ، وفريضة القضاء بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى للدكتور / محمود الزينى ، ص ٣١ ، ٣٢ .

(٢) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٣٩ .

من توفر الشروط فيه ، إما بعلمه هو شخصيا بوجود الشروط في الشخص ، أو أن يشهد عدلان بوجود هذه الشروط فيه ، وهذا أمر لابد منه الآن فالقوانين تشترط في القاضي صفات خاصة لا يصح توليته إلا بتحققها فيه .

صفات مستحبة في القاضي :

بين علماؤنا ــ رضي الله تعالى عنهم ــ أن هناك أمورا من المستحب أن تكون موجودة فيمن يتولى القضاء ، بجانب الشروط التي لابد من توافرها فيه ، ومن هذه الأمور :

أولا : أن يكون حليما .

ثانيا : أن يكون عالما بلغات المتقاضين أمامه ، ولا يحتاج إلى مترجم .

ثالثا : أن يكون جامعا للعفاف ، بعيدا عن الطمع .

رابعا : أن يكون لينا في الكلام .

خامسا : أن يكون ذا سكينة ووقار .

سادسا : أن لا يكون جبارا متكبرا ، لأن ذلك يمنع الخصم من أن يستوفي حجته .

سابعا : أن لا يكون ضعيفا مهينا ، لأنه إذا كان بهذه الصفة تجرأ الخصمان أمامه بالشتائم وذكر السخف ، بل ربما تجرآ عليه توقحا واستخفافا ، فيستحب أن يكون شديدا من غير عنف ، لينا من غير ضعف [(١)].

وبعد ، فنحب في ختام الكلام عن شروط القاضي أن نذكر ما قاله أبو علي الكرابيسي صاحب الشافعي في كتاب " آداب القضاء " له ، وهو بيان متى يستحق الشخص أن يكون قاضيا ، قال الكرابيسي : " لا أعلم بين العلماء ممن سلف خلافا أن أحق الناس أن يقضي بين المسلمين من بان فضله وصدقه ، وعلمه ، وورعه ، قارئا لكتاب الله ، عالما بأكثر أحكامه ،

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٤ .

عالما بسنن رسول الله ﷺ حافظا أكثرها ، وكذا أقوال الصحابة ، عالمــا بالوفاق والخلاف ، وأقوال فقهاء التابعين ، يعرف الصحيح من الســقيم ، يتبع فى النوازل الكتاب ، فإن لم يجد فالسنن ، فإن لم يجد عمل بما اتفــق عليه الصحابة ، فإن اختلفوا فما وجده أشبه بالقرآن ، ثم بالسنة ، ثم بفتوى أكابر الصحابة عمل به ، ويكون كثير المذاكرة مع أهل العلم ، والمشــاورة لهم ، مع فضل وورع ، ويكون حافظا للسانه ، وبطنه وفرجه ، فهما بكلام الخصوم ، ثم لابد أن يكون عاقلا مائلا عن الهوى " ، قال الكرابيســى : " وهذا وإن كنا نعلم أنه ليس على وجه الأرض أحد يجمع هذه الصفــات ، ولكن يجب أن يطلب من أهل كل زمان أكملهم وأفضلهم " .

ونحن نقول إن القوانين الآن تكفلت باشتراط صفات وأمــور فيمــن يتولى القضاء ، ولم يعد الأمر متروكا دون ضوابط تحكمه ، فتغير الأمــر فى عصرنا عما كان عليه فى عصور فقهائنا رضى الله عنهم .

المبحث الثاني

عزل القاضي وانعزاله

إذا فقد القاضى أحد الشروط المطلوب تحققها فيه فإنه يصبح من الطبيعى ألا يكون أهلا للاستمرار فى منصبه ، وكان يكفى أن نتكلم بإجمال فى هذه المسألة ، لكننا نرى أن الكلام فى هذا الموضوع يحتاج إلى شئ من التفصيل ، لوجود آراء فى بعض الأمور ، هل تؤدى إلى انعزاله تلقائيا عن منصبه ، فلا تنفذ أحكامه اللاحقة ، أم لا تؤدى إلى انعزاله ، ولابد من صدور أمر ممن له سلطة تولية القضاة وعزلهم بعزله ؟

وإليك بيانا للأمور التى تؤدى إلى انعزاله عن منصبه ، مع ذكر الخلاف إن وجدناه فى شئ منها .

الأمر الأول : الردة عن الإسلام ، والعياذ بالله .

الأمر الثانى : زوال العقل ، وقد قسم بعض العلماء زوال العقل إلى قسمين :

١ ـ ما يرجى زواله ، كالإغماء .

٢ ـ ما لا يرجى زواله ، كالجنون والخبل .

وكلا الأمرين أى الجنون والخبل ـ يوجب انعزال القاضى حتى لو قل الزمن [١] .

الأمر الثالث : المرض الذى لا يرجى زواله ، بشرط أن يكون عاجزا عن الحكم بين الناس مع وجود هذا المرض [٢] كإصابته بمرض يؤثر فى القدرة على التفكير السليم .

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٤ .

(٢) شرح منتهى الإرادات ، جـ ٣ ، ص ٤٦٥ .

الأمر الرابع : العمى ، وكذلك لو ضعف بصره حتى صار كالأعمى ، لكن لو عمى بعد ثبوت قضية عنده ، ولم يبق إلا أن يقول : حكمت بكذا ، ولم يكن محتاجا مع هذا إلى الإشارة فإن حكمه ينفذ فى هذه القضية .

الأمر الخامس : ذهاب السمع .

الأمر السادس : إذا أصابته الغفلة ، او نحوها فأذهبت أهلية اجتهاده ، وذلك عند العلماء القائلين باشتراط الاجتهاد المطلق فى القاضى ، أو الاجتهاد المقيد .

وكذا إن لم يكن مجتهدا وصحت ولايته على الرأى القائل بعدم اشتراط الاجتهاد فأصيب بالغفلة ، أو النسيان ، مما أدى إلى ذهاب صفة الضبط عنده .

الأمر السابع : زوال العدالة ، بأن ارتكب أى جريمة تؤدى إلى إسقاط صفة العدالة ، وتوجب وصفه بالفسق ، كما لو شرب خمرا ، او سرق ، أو أخذ رشوة ، وهكذا .

وكذا لو كان الذى تولى القضاء فاسقا إلا أن من ولاه لم يكن يعلم بفسقه ، ثم زاد فسقه ، فإنه ينعزل ، ولا ينفذ حكمه [1].

ومن الواضح أن هذا عند القائلين بأن الفاسق لا يصح توليته القضاء .

هذا ، ويحسن أن نبين هنا آراء العلماء فى القاضى إذا كانت تتوافر فيه صفة العدالة ، ثم ارتكب أمرا من الأمور التى تخل بالعدالة ، وتوجب اتصافه بالفسق ، كأخذ الرشوة وغيرها ، من أسباب الفسق ، كالزنا ،

(١) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٥٤ .

وشرب الخمر ، هل ينعزل بنفس الفسق ، أو لا ينعزل حتى يعزله رئيس الدولة ، أو نائبه ٠

آراء العلماء :

اختلف العلماء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول : يرى بعض الحنفية أنه إن كان القاضى عدلا ، ثم فسق بعد توليته القضاء فإنه لا ينعزل ، لكنه يستحق العزل ، أى يجب على رئيس الدولة أو نائبه عزله ٠

معنى أنه لا ينعزل :

ومعنى أنه لا ينعزل أى بمجرد فسقه لا ينعزل تلقائيا ، بل لابد من عزل رئيس الدولة أو نائبه له ، وهذا يقتضى أن أحكامه تكون نافذة فيما ارتشى فيه وفى غيره من القضايا ، ما لم يعزله رئيس الدولة أو نائبه [1].

والقول بعدم الانعزال بالفسق حتى يعزله رئيس الدولة هو أيضا أحد قولين فى فقه المالكية ، وأشار المازرى إلى ترجيح القول بعدم الانعزال ، وهو ما يراه أصبغ من المالكية أيضا [2].

الرأى الثانى : يرى الإمام الشافعى أن القاضى إذا فسق ينعزل ، وهو قول فى الفقه المالكى ، كما أشرنا قبلا ، وهذا أيضا ما تراه فرقة المعتزلة [3].

ومع أن الحنفية يرون — فى ظاهر المذهب عندهم — أن العدالة ليست شرطا من شروط جواز التولية ، فإن بعضهم يرى أنه إذا ولى رئيس

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ١٧ ، وتبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٧٨ ٠

(٢) تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، جـ ١ ، ص ٥٧ ٠

(٣) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ١٧ ٠

الدولة أو من له سلطة تولية القضاة عدلا ، ثم فسق ، فإنه ينعـــزل بـــهذا الفسق [1].

توجيه الرأى الأول :

استند الرأى الأول القائل بعدم انعزال القاضى إذا ارتكب مـــا يخـــل بعدالته ، إلى أن العدالة ليست شرطا عندهم فى أهلية القضاء ، كما ســـبق بيانه عند الكلام عن شروط القاضى ، لكن على رئيس الدولة أو مـــن لـــه سلطة تولية القضاة ألا يولى القضاة إلا من يتصف بالعدالة ، فـــإذا ولـــى غيره صحت التولية ، مثل شهادة الفاسق عندهم لا يحل قبولها ، لكن لـــو قبلت شهادة الفاسق نفذ الحكم بها .

توجيه الرأى الثانى :

وأما الرأى الثانى فأصحابه مختلفون فى الاستدلال على ما يرونـــه ، وممن قال به ــ كما أسلفنا ــ الشـــافعى ، والمعتزلـــة ، وبعـــض فقـــهاء الحنفية ، ولكل منهم اتجاه فى الاستدلال .

أما الشافعى فيرى أن العدالة شرط أهلية القضاء ، وقد زالـــت صفـــة العدالة من القاضى بالفسق ، فتبطل الأهلية .

وأما المعتزلة فمن أصول مذهبهم أن الفسق يخـــرج صاحبـــه عـــن الإيمان ، أى أن المؤمن إذا زنى ، أو سرق ، أو شرب خمرا ، أو ارتكـــب أى جريمة تؤدى إلى اتصافه بالفسق ، فإن ذلك يؤدى إلى خروجـــه مـــن الإيمان ، وإن كان المعتزلة ، يقولون مع خروج مرتكـــب الكبـــيرة مـــن الإيمان فإنه لا يدخل فى الكفر ، وإنما هو فى منزلة بين المـــنزلتين فـــى الدنيا ، ومخلد فى النار يوم القيامة إذا لم يتب عما ارتكب من جرائم .

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ١٧ .

وهذا أصل عندهم من الأصول التى بنوا عليها مذهبهم ، وعلى هذا فإذا فسق القاضى فإنه يخرج من الإيمان عندهم ، فتبطل أهلية القضاء عنده [1] ، لأنه ليس من المقبول أن يكون بفسقه قد خرج من الإيمان ومع ذلك يبقى فى منصب القضاء .

وأما البعض من فقهاء الحنفية الذين يرون أنه إذا ولى القضاء فى حال عدالته ، ثم فسق ، فإنه ينعزل ، فقد عللوا لرأيهم هذا بأن عدالته فى معنى المشروطة فى تولية منصبه ، لأن من له سلطة تولية القضاة حينما ولاه وهو عدل فقد اعتمد عدالته ، فكان توليه منصب القضاء مقيدا بوجود العدالة فيه ، فصار كأنه علق بقاءه فى منصب القضاء بحال عدالته ، فيزول توليه هذا المنصب بزوال العدالة [2] .

<u>عزل رئيس الدولة للقضاة :</u>

يرى فقهاء الشافعية أن لرئيس الدولة الحق فى أن يعزل القاضى الذى يوجد غيره صالحا للقضاء ، إذا ظهر منه خلل لا يقتضى انعزاله ، كما لو كثرت شكاوى الناس منه ، أو ظن أنه ضعيف ، أو زالت هيبته فى القلوب ، وعللوا ذلك ، بأن فيه احتياطا .

وكذلك قال الشافعية إنه يحق لرئيس الدولة ، أن يعزل القاضى إذا لم يظهر منه خلل ، لكن هناك من هو أفضل منه ، لأن فى هذا رعاية للأصلح للمسلمين .

---

(1) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ١٧ .

(2) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٢٥٤ ، وأنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، تأليف الشيخ قاسم القونرى ، ص ٢٣٢ .

وصرحوا بأن هذا من حق رئيس الدولة ، وليس واجبا عليه ، وكذلك إذا كان هناك مثله فى الصفات ، أو دونه ، لكن فى عزله مصلحة كتسكين فتنة ، فإنه يحق لرئيس الدولة عزله أيضا عندهم ، لما فيه من المصلحة للمسلمين .

وفى فقه الشيعة الإمامية أنه لو رأى الإمام أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظرا ، فإنه جائز مراعاة للمصلحة .

وأما إذا لم يكن هناك مصلحة فى عزله فيوجد اتجاهان فى الفقه الإسلامى :

أحدهما : لا يجوز لرئيس الدولة أن يعزله ، وهذا ما يراه الشافعية ، وبعض المالكية ، وبعض الحنابلة (1).

وقد استند هذا الاتجاه إلى ما يأتى :

أولا : إذا عزله من غير مصلحة فإن ذلك يعد عبثا ، وتصرفات رئيس الدولة يجب أن تصان عن العبث .

ثانيا : رئيس الدولة إنما ولاه القضاء لمصلحة المسلمين ، فلا يملك أن يعزله مع سداد حاله ، كولى المرأة إذا عقد عليها عقد الزواج لم يكن من حقه أن يفسخ هذا العقد .

ثالثا : القاضى فى الحقيقة وكيل عن الأمة ، وإذا تعلق بالوكالة حق الغير – وهو هنا حق المسلمين – فلا يجوز عزل الوكيل .

---

(1) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٥ ، والشرح الصغير ، جـ ٤ ، ص ٢٠١ ، والمغنى جـ ٩ ، ص ١٠٣ ، وشرائع الإسلام للحلى ، جـ ٤ ، ص ٧١ .

الاتجاه الثانى : يجوز لرئيس الدولة أن يعزله ، وممن قال بهذا الرأى الحنفية ، وقد صح عن أبى حنيفة ، أنه قال : لا يترك القاضى على القضاء إلا حولا ، لأنه إذا اشتغل بالقضاء ينسى العلم ، فيعزله السلطان بعد الحول ، ويستبدل به غيره ، حتى يشتغل بالدرس [1].

وكذلك يرى بعض الحنابلة أن لرئيس الدولة عزل القاضى بغير سبب يبرر ذلك وقد استند هذا الاتجاه إلى ما يأتى :

أولا : القياس على الولاة على البلاد ، فلما كان لرئيس الدولة أن يعزل ولاته الذين ولاهم على البلاد فكذلك يكون له أن يعزل قضاته ، قياسا عليهم من باب أولى ، لأن الإمارة أعلى من القضاء ٠

مناقشة هذا الاستدلال :

يمكن أن يجاب عن استدلالهم بالقياس بأن هذا القياس لا يصح ، لوجود الفارق وهو مانع من صحة القياس ، لأن الإمارة ليست أعلى من القضاء ، بل العكس هو الصحيح ، ولذلك قال العلماء : " إن خطة القضاء أعظم الخطط قدرا " ، والقاضى ليس وكيلا لرئيس الدولة ، وإنما هو يعمل بولاية المسلمين ، وفى حقوقهم ، ولو كان القاضى وكيلا لرئيس الدولة ما جاز للقاضى أن يحاكمه إذا ارتكب ما يوجب محاكمته ٠

ثانيا : سوابق تاريخية حدثت من بعض الخلفاء الراشدين ، فى عزل القضاة ، فقد روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : لأعزلن أبا مريم ، وأولين رجلا إذا رآه الفاجر فرقه ، (أى خافه) فعزله عن قضاء البصرة وولى مكانه كعب بن سوار ٠

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود بن مودود ، جـ ٢ ، ص ١١٦ ، مطابع الشعب ٠

وولى على بن أبى طالب ﷺ ، أبا الأسود ثم عزله ، فقال لـــه : لــم عزلتنى ، وما خنت ولا جنيت ؟ فقال : إنى رأيتك بعلـــو كلامـــك علـــى الخصمين .

مناقشة هذا الاستدلال :

يجاب عن هذا بأن العزل كان لحاجة تدعو إلى ذلك [1] ، وليس العزل بغير حاجة وإلا كان عبثا .

<u>الرأى الراجح :</u>

أن عزل القاضى لا يكون إلا لمصلحة ، لأن الحاكم ـ كما يصـــرح العلماء ـ إنما يولى القضاة نيابة عن المسلمين ، وهذا يؤكد أن القاضى لا يصح عزله إلا بسبب يبرر هذا العزل .

إذا كان القاضى متعينا :

إذا كان القاضى متعينا بأن لم يكن هناك من يصلح لتولـــى القضـــاء غيره ، فإنه ليس من حق رئيس الدولة أو غيره أن يعزله ، ولو قام بعزلـه لم ينعزل .

لا ينعزل القاضى حتى يبلغه خبر عزله :

بين العلماء أن القاضى لو عزله رئيس الدولة فى الحالات التى يصـح له فيها أن يعزله ، لا ينعزل إلا بعد أن يبلغه خبر عزلـــه ، فـــلا ينعـــزل بمجرد عزل الحاكم له ، لأنه لو كان ينعزل بمجرد عزل الحاكم له لـترتب على ذلك فى بعض الحالات أضرار عظيمة ، لأنـــه ســـتكون تصرفاتـــه منقوضة وفاسدة فى القضايا التى ينظرها بعد عزل الحاكم لـــه وقبـــل أن يبلغه خبر هذا العزل .

<u>متى يحصل بلوغ خبر العزل للقاضى المعزول ؟</u>

يحصل بلوغ خبر العزل إلى القاضى بشاهدين أن الحـــاكم عزلـــه ، وأيضا تغنى استفاضة الأخبار بذلك .

---

(١) نظام القضاء فى الإسلام ، مصدر سابق ، ص ٦١ .

وكذلك إذا كتب من له سلطة تولية القضاة إلى القاضى قائلا : إذا قرأت كتابى فأنت معزول ، فقرأه انعزل بعد القراءة ، لتحقق الصفة التى علق عليها العزل .

ولا يشترط أن يقرأ القاضى الكتاب بالتلفظ ، بل ينعزل أيضا إذا طالعه وفهم ما فيه وإن لم يتلفظ به كما هى العادة فى قراءة المكتوبات .

وينعزل كذلك لو قرأه غيره عليه على الرأى الأصح عند الشافعية ، لأن القصد من الكتاب إعلامه بالعزل ، وليس القصد أن يقرأه بنفسه سواء أكان قارئا أم أميا [1].

لا ينعزل القاضى بموت رئيس الدولة أو انعزاله :

لا يؤدى موت رئيس الدولة ، أو انعزاله إلى انعزال القاضى ، لعدة أمور :

الأمر الأول : أن الخلفاء الراشدين – رضى الله عنهم – ولوا قضاة فى زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم .

الأمر الثانى : أنه لو انعزل القضاة بموت رئيس الدولة لأدى هذا إلى تعطيل القضاء فى الأمور التى تحتاج إلى حكم القاضى فيها ، حتى يولى رئيس الدولة الجديد قضاة آخرين ، وهذا قد يكون ضررا عظيما ، ونحن ممنوعون شرعا من إحداث الضرر .

الأمر الثالث : أن القاضى لا يعمل بولاية رئيس الدولة وفى حقه ، بل يعمل بولاية المسلمين وفى حقوقهم ، ورئيس الدولة بمنزلة النائب عنهم ، لأنه يولى القضاة نيابة عن المسلمين .

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٥ .

وإذا كان رئيس الدولة نائبا عن المسلمين فإن فعله يكون بمنزلة فعل عامة المسلمين ولا شك أن ولايتهم بعد موت الرئيس باقية ، فيبقى القاضى فى منصبه [1].

عزل القاضى نفسه :

إذا عزل القاضى نفسه اختيارا ، ولا يوجد عنده عذر يبرر عزله نفسه ، وليس به عجز يمنعه من القيام بأعباء هذا المنصب ، فإن هذا من حقه ، لكن يرى بعض العلماء منعه من ذلك إذا كان قد تعلق لأحد حق بقضائه ، وكان انعزاله بسبب الضرر لمن التزم بينه وبين خصمه [2].

لكن ينبغى هنا أن نقول أيضا : إذا كان عزل القاضى نفسه بغير عذر **سيؤدى إلى خلو هذا المنصب ممن تتوفر فيه شروط القاضى ، لأنه لا يوجد شخص آخر تتوفر فيه هذه الشروط ، فإنه فى هذه الحال لا يصح عزله لنفسه ، حتى يظهر من تتوفر فيه الشروط المطلوبة ، بل إنه يحرم عليه عزل نفسه ــ من غير عذر ــ إذا كان يعلم أنه لا يوجد غيره واحد تتوافر فيه الشروط فإنه يجب عليه القبول ولا يجوز له أن يرفضه .**

---

(1) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ١٦ ، ونهاية المحتاج ، جـ ٨ ، ص ٢٤٧ ، والمغنى ، جـ ٩ ، ص ١٠٣ ، والشرح الصغير ، جـ ٤ ، ص ١٩٦ .

(2) تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٧٨ .

الفصل الثانى

الدعوى ونظام القضاء فيها

ويشتمل على ما يأتى :

١ ــ بيان معنى الدعوى ، والفرق بينها وبين الإقرار والشهادة .

٢ ــ أركان الدعوى .

٣ ــ أهل الدعوى .

٤ ــ المدعى والمدعى عليه .

٥ ــ حكم الدعوى .

٦ ــ شروط صحة الحكم فى الدعوى .

٧ ــ هل يسقط الحق بتقادم الزمان ؟

٨ ــ نظام الفصل فى الدعوى .

الدعـــوى

معناها :

الدعوى فى اللغة : الطلب ، ومنه قوله تبارك وتعالى : ﴿ **ولـــهم ما يدعون** ﴾ وجمع الدعوى دعاوى بفتح الواو وكسرها .

وفى الشرع : إخبار عن ثبوت حق على غيره ، عند حـــاكم ، أو محكم ، أو سيد ، أو ذى قوة غالبة على غيره .

وسواء أكان ثبوت الحكم له أم لموكله ، لأن الدعوى يصـــح فيـــها التوكيل ، ولابد أن يكون الغير منكرا للحق المدعى ، أو مقرا به لكنـــه ممتنع ، وأما إذا لم يكن كذلك فلا فائدة فى الدعـــوى ، ولـــهذا عرفـــها بعض العلماء بأنها : " مطالبة بحقٍ لازم ، حال ، عنـــد قـــاض علـــى منكر ، أو مقر ممتنع بشروط " .

وقد اشترط بعض العلماء ــ كما هو مبين فى التعريف الأول ــ أن تكون الدعوى إخبارا عند حاكم ، أو محكّم ، أو سيد كالادعاء على عبد عند سيده ، وهذا أيام وجود الرق ، لكن الآن ــ بحسب ما نعلـــم ــ لا يوجد رقيق ، إلا فى بعض بلاد قليلة ، ففى إفريقيـــا نســـمع أن الـــرق لازال موجودا بها ، بعيدا عن أعين حكوماتها ، أو تكون إخبارا عنـــد ذى شوكة ، أى شخص له قوة تمكنه من إيصال الحقوق إلى أربابها بعد أن يحكم بها ، وهو فى ناحية انقطع غوث الحاكم عنـــها ، كالأمـــاكن البعيدة فى الصحراء الشاسعة أو فى الغابات المترامية الأطراف ، ولـــم يرجع الناس إلا إليه ، فإذا لم تكن الدعوى عند واحد من هـــؤلاء فـــلا تسمى دعوى عند البعض من العلماء .

وسميت الدعوى بهذا الإسم لأن المدعى يدعو صاحبه إلى مجلس الحكم ليخرج عن دعواه [1].

الفرق بين الدعوى والإقرار والشهادة :

الفرق بين الدعوى ، والإقرار ، والشهادة ، أن الدعوى إخبار بحق له على غيره ، والإقرار إخبار بحق لغيره عليه ، والشهادة إخبار بحق لغيره على غيره .

أركان الدعوى :

الركن هو ما لابد منه وكان جزءا من حقيقة الشئ ، فالركوع مثلا لابد منه فى الصلاة ، وهو جزء من حقيقتها ، ولهذا يسمى ركنا من أركان الصلاة ، وأما إذا كان الشئ لابد منه لكنه ليس جزءا من الحقيقة ، بل خارجا عنها ، فيسميه العلماء شرطا ، كالوضوء لابد منه لصحة الصلاة ، لكنه ليس جزءا من حقيقة الصلاة بل هو خارج عنها ، ولهذا فهو شرط من شروط صحة الصلاة ، وليس ركنا من أركانها .

وأركان الدعوى أى الأمور التى لابد منها وداخلة فى حقيقتها هى :

١ ـ القول الطالب للحق ، المقبول ، بأن يكون ملزما بشئ على الخصم وغير ذلك لا يسمى دعوى .

٢ ـ إضافة الحق لنفسه ، أو لمن ناب عنه .

أهل الدعوى :

يرى الحنفية أن أهل الدعوى هو العاقل المميز ، ولو صبيا إذا كان مأذونا له فى الخصومة ، وأما إذا لم يكن مأذونا له فى الخصومة فلا يكون من أهل الدعوى .

---

(١) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى ، جـ ٢ ، ص ٥٠٩ ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ونهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ، ص ٣٣٣ .

وأما الشافعية فيرون أنه لابد أن يكون المدعى بالغا عاقلا ، وأما المدعى عليه فتصح الدعوى عليه ولو كان صبيا أو مجنونا ، ما دام مع المدعى بينة ويحلف المدعى أيضا مع البينة ، وإلا فلا تسمع الدعوى على المعتمد فى فقه الشافعية [1].

طرفا الخصومة فى الدعوى :

طرفا الخصومة فى الدعوى هما : المدعى ، والمدعى عليه ، ولابد من تعريف كل منهما ، لأن القاضى سيطالب المدعى بالبينة (الشهود) [2] ، فإذا أقام البينة حكم له القاضى ، وإذا لم يقم البينة طلب اليمين من المدعى عليه ٠

والأصل فى هذا أحاديث عن رسول الله ﷺ ، كما فى سنن البيهقى من حديث ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر " ٠

وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن إسناد هذا الحديث عند البيهقى إسناد صحيح [3] ، لكن الأصيلى زعم أن قوله : " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " إدراج فى الحديث [4].

---

(١) المجانى الزهرية لمحمد صالح عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم على الفواكه البدرية لمحمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس ، ص ٨٨ ، والشرقاوى على التحرير ، جـ ٢ ، ص ٥١٠ ٠

(٢) سميت البينة بينة وهى الشهود عند الجمهور ، لأنها تبين عن الحق ، وتوضحه بعد خفائه ، من قولهم : بان الشئ إذا ظهر ٠
ومن المعلوم أن تبيين الحق إنما هو بعد أداء الشهادة ، فهم قبل الأداء شهود ، وبعد الأداء بينة ، وتسميتهم شهودا بعد أداء الشهادة باعتبار ما كان ، وتسميتهم بينة قبل الأداء باعتبار ما يئول إليه ، حاشية الشرقاوى على التحرير ، جـ ٢ ، ص ٥٠٩ ٠

(٣) الحديث الصحيح : هو ما اتصل سنده بنقل العدل الضابط ضبطا تاما عن مثله إلى منتهى السند من غير شذوذ ولا علة قادحة ٠

(٤) الإدراج فى متن الحديث معناه : أن يضيف الراوى شيئا من كلامه أو كلام غيره من غير فصل بين الحديث وبين ذلك الكلام ، فيتوهم السامع أن هذا الكلام المدرج من كلام الرسول ﷺ ، فيرويه مرفوعا ٠ مصطلح الحديث للشهاوى ، ص ٤٠ ٠

وروى ابن حبان عن ابن عمر نحو هذا الحديث ، وروى الترمذى نحوه أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ٠

وهو فى صحيح البخارى ومسلم من حديث ابن عباس أيضا بلفظ : " ولكن اليمين على المدعى عليه " [١].

وقد بين العلماء أن الحكمة فى كون البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، أن جانب المدعى ضعيف ، لأن دعواه تخالف الأصل ، لأن الأصل براءة الذمة ، فكلف الحجة القوية ، وهى البينة لبعدها عن التهمة ، وجانب المنكر (المدعى عليه) قوى ، لموافقته للأصل ، وهو براءة الذمة ، فاكتفى منه بالحجة الضعيفة ــ وهى اليمين ــ لقربها من التهمة ، فجعلت الحجة القوية فى الجانب الضعيف ، والضعيفة فى الجانب القوى ، ليحصل التعادل بينهما [٢].

فلابد ــ إذن ــ من تحديد معنى كل من المدعى ، والمدعى عليه ٠

معنى المدعى والمدعى عليه :

اختلفت عبارات العلماء فى تعريف المدعى ، والمدعى عليه ، فبعضهم عرف المدعى بأنه : " من خالف قوله الظاهر " ، والمدعى عليه بأنه : " من وافق قوله الظاهر " ، وقيل : المدعى هو : " من لا

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٩ ، ص ٢٢٠ ، وسبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٣٢ ٠

(٢) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ، جـ ٢ ، ص ٥٠٩ ، ومسالك الدلالة فى شرح متن الرسالة ، لأحمد بن محمد بن الصديق ، ص٣١٦ ٠

يجبر على الخصومة إذا تركها " ، والمدعى عليه : " من إذا ترك الخصومة يجبر عليها " .

وقيل المدعى : " من لا يستحق إلا بحجة ، " والمدعى عليه " من يستحق بقوله من غير حجة " .

وقال محمد بن الحسن : المدعى عليه هو المنكر ، ويدل لهذا ما ورد من قول النبى ﷺ : " واليمين على من أنكر " ، وروى " اليمين على المدعى عليه " ، ولكن كما قال علماء الحنفية الشأن فى معرفة المنكر والترجيح بين المدعى والمدعى عليه بالفقه يعنى إذا تعارضت الجهتان : أى جهة الإدعاء ، الصورة وجهة الإنكار المعنوى فالترجيح يكون بالمعنى ، لأن الاعتبار للمعانى دون الصور .

وضربوا مثلا لذلك بالمودع ـ بفتح الدال ـ إذا قال : رددت الوديعة فهو من حيث الصورة يدعى رد الوديعة ، فهو مدع صورة ، لكنه من حيث المعنى ينكر ضمان الوديعة ، فهو من ناحية المعنى مدعى عليه .

ولهذا قال الحنفية : إن القول قول المودع ـ بفتح الدال ـ مع يمينه ، لأنه من حيث المعنى منكر لضمان الوديعة ، فيأخذ حكم المدعى عليه ، ولا اعتبار بكونه مدعيا من حيث الصورة ، فهو من حيث الصورة يدعى رد الوديعة ، فلا اعتبار بذلك ، لكن لو أقام المودع ـ بفتح الدال ـ بينة قبلت بينته ، لأن البينة تقبل لدفع اليمين كما قال الحنفية ، ولهذا قالوا فى مسألة اختلاف الزوجين فى قدر المهر فادعت المرأة الزيادة فإذا أقامت بينة ، قبلت ، وإن أقام الزوج بينة ، تقبل أيضا ، قالوا لأن البينة تقبل لدفع اليمين [1] .

---

(١) نتائج الأفكار ، تكملة فتح القدير ، لأحمد بن قويدر ، جـ ٨ ، ص ١٥٧ .

هذه بعض أقوال العلماء ـ رضى الله عنهم ـ فى معنى المدعى والمدعى عليه ، وقيل غير ذلك (١).

حكم الدعوى :

حكم الدعوى هو وجوب الجواب على الخصم وهو المدعى عليه بلا أو نعم ، فإذا أقر بما يدعيه المدعى ثبت المدعى به ، وإن أنكر قال القاضى للمدعى : ألك بينة ؟ (شهود) ، فإن قال : لا ، قال القاضى ـ استحبابا ـ لك يمينه ، ولو سكت المدعى عليه فإن سكوته يعد إنكارا للدعوى فتسمع البينة عليه ، إلا إذا كان أخرس (٢).

الدعوى إما صحيحة أو فاسدة :

الدعوى إما أن تكون صحيحة أو فاسدة ، فالصحيحة : هى ما يتعلق بها أحكامها ، من إحضار الخصم ، والمطالبة بالجواب ، ووجوب الجواب ، واليمين إذا أنكر ولا يوجد برهان ، والإثبات بالبينة، ولزوم إحضار المدعى به إن كان نقليا لا يتعسر نقله ·

وأما الدعوى الفاسدة فهى بخلاف ذلك ، وفسادها يكون بفقدها أحد الشروط التى اشترطها العلماء لصحة الدعوى ، وإليك بيانا لهذه الشروط ·

---

(١) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ، جـ ٢ ، ص ٥٠٩ ، والمجانى الزهرية على الفواكه البدرية ، ص ٦٣ ، مطبعة النيل ·

(٢) المجانى الزهرية ، على الفواكه البدرية ، ص ٨٨ ·

شروط صحة الحكم فى الدعوى

يشترط لصحة الحكم فى الدعوى عدة شروط :

الشرط الأول : عند بعض العلماء : حضور الخصم المدعى عليه :

يرى فريق من العلماء أنه يشترط لصحة الحكم فى الدعوى حضور الخصم المدعى عليه ، والخصم المدعى عليه إما أن يكون أصيلا أى هو بذاته ، أو وكيلا عن الأصيل ، أو وصيا ، أو وليا ، أو وارثا ، أو من بينه وبين الغائب اتصال فى المدعى به ، كما لو كفل شخص شخصا آخر فى دين ، فالخصم هنا هو المدين المكفول عنه ، وقد ناب عنه الكفيل لما بينهما من الاتصال فى الدين المدعى به عليه بحكم الكفالة .

فلا يصح القضاء على الغائب عند فريق من العلماء ، فإذا ادعى شخص حقا على شخص آخر غائب فى بلد آخر بعيد وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه ، فلا يصح القضاء على هذا النائب ، وهذه مسألة مختلف فيها بين العلماء ، وإليك بيانا لما يراه العلماء فيها .

<u>آراء العلماء فى القضاء على الغائب :</u>

اختلف العلماء فى القضاء على الغائب على رأيين :

الرأى الأول : أنه لا يصح القضاء بشئ على الغائب ، وهذا ما يراه أبو حنيفة ، وابن الماجشون من المالكية ، ونقل عن أحمد بن حنبل ، وابن أبى ليلى ، والثورى هذا الرأى أيضا .

الرأى الثانى : يصح القضاء على الغائب فى حقوق الآدميين ، ولا يقضى عليه فى حدود الله تعالى ، وهو ما يراه الشافعى ، والظاهرية وجمهور العلماء [1].

وقبل أن نبين أدلة كل فريق نحب أن نبين عدة صور اتفق عليها أبو حنيفة والشافعى فقد اتفقا على أنه :

أ ـ لو ادعى رجل على وارث مالا ، كان له على أبيه ، وللميت ورثة غائبون وأقام المدعى بينة على دعواه ، فإنه يحكم القاضى بالبينة على الحاضر والغائب وعلى الميت .

ب ـ لو ثبت عند القاضى على شخص أنه مفقود ، ولهذا الشخص مال مودع عند رجل ، فإن القاضى يحكم للزوجة والأولاد بنفقتهم ، ويصح أيضا أن يباع عقاره لذلك .

جـ ـ لو لحق المرتد بدار الحرب [2] ، فجاءت زوجته تطلب الحكم بالتفريق بينهما ، فإنه يحكم القاضى لها بالبينونة إذا أقامت بذلك بينة .

د ـ لو كان الشخص غائبا عن المجلس لكنه حاضر فى البلد لا يجوز القضاء عليه ، لأنه يمكن للقاضى أن يحضره [1].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١٢ ، ص ٨ ، المطبعة المصرية ، وقوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن جزى ، ص ٣٠٦ ، ومغنى المحتاج لمحمد الشربينى الخطيب ، جـ ٤ ، ص ٤١٤ ، والشرح الصغير للدردير ، جـ ٥ ، ص ٢٥ ، مطبعة المدنى ، والمغنى ، جـ ١١ ، ص ٤١٢ ، ٤٨٥ ، والمحلى على المنهاج ، جـ ٤ ، ص ٣٠٨ ، والمحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٦٦ ، ونتائج الأفكار (تكملة فتح القدير) ، جـ ٨ ، ص ١٥٣ ، ووسائل الشيعة للحر العاملى ، جـ ٨ ، ص ٣١٦ .

(٢) دار الحرب أو دار الكفر بمعنى واحد ، وهو دولة الكفر وما يتبعها كذلك من أرض تخضع لسيادتها .

هذه بعض صور متفق على حكمها فى الفقه الحنفى والشـــافعى ، وننتقل بعد ذلك إلى بيان أدلة الفريقين :

أدلة القائلين بجواز الحكم على الغائب :

أولا : عموم الأدلة كقول الله تعالى : ﴿ **وأن احكم بينهم بما أنــزل الله** ﴾ [٢]، ولم يفصل النص الكريم بين الحاضر وغيره ، وقوله عـــز وجل : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شـــهداء لله** ﴾ [٣]، وقوله ﷻ : ﴿ **يا أيــها الذيــن آمنــوا كونــوا قواميــن لله شـــهداء بالقسط**﴾[٤] فلم يخصص الله تبارك وتعالى حاضرا من غائب .

ثانيا : صح عن رسول الله ﷺ أنه حكم على الغائب ، كما حـــدث فى حادثة العرنيين الذين قتلوا الرعاء ، وســـملوا أعينـــهم ، وفـــروا ، فأرسل إليهم القائف يتبعهم وهم غيب ، حتى أدركوا ، واقتص منهم .

ثالثا : ثبت أن رسول الله ﷺ قال لأولياء عبد الله بن ســـهل ﷺ الذى وجد مقتولا فى خيبر [٥] وادعوا أن أهل خيبر قتلوه ، قـــال لـــهم الرسول ﷺ : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته " [٦].

رابعا : صح عن عمر ، وعثمان ــ رضى الله عنهما ــ القضـــاء على الغائب ، ولا مخالف لهما من الصحابة .

خامسا : القياس ، فإن الدعوى تسمع على الميت والصغير ، مـــع أنهما أعجز عن الدفع من الغائب ، فيقاس الغائب عليهما .

---

(١) أدب القاضى ، لأحمد بن أبى أحمد ، المعروف بابن القاص ، جـ ٢ ، ص ٣٦٠ ــ ٣٦٢ .
(٢) سورة المائدة الآية ٤٩ .
(٣) سورة النساء الآية ١٣٥ .
(٤) سورة المائدة الآية ٨ .
(٥) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٧ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ ، والمحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ص ٣٦٩ .
(٦) الرمة : الحبل الذى يربط به من وجب عليه القصاص ، المغنى ، جـ ٨ ، ص ٧٧ .

سادسا : المدعى له بينة مسموعة عادلة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضرا [١].

سابعا : ما روته عائشة زوج رسول الله ﷺ ورضى الله عنها ، قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان على رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل على فى ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : " خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك " [٢].

فقد بين رسول الله ﷺ أن لها أن تأخذ من مال أبى سفيان ، وهذا قضاء عليه فى غيابه .

الإجابة عن حديث هند :

أجاب القائلون بعدم جواز الحكم على الغائب عن الاستدلال بحديث هند ، بأن هذا الحديث لا يدل لمخالفيهم ، لأن ما قاله الرسول ﷺ لهند لم يكن قضاء ، وإنما كان فتوى ، أو إعانة لها على أخذ ماله ، قالوا : لأن هندا لم تدع الزوجية [٣] ، ولم تقم البينة [٤].

ومع أن الإمام النووى رضى الله تعالى عنه من فقهاء الشافعية وهم من القائلين بصحة القضاء على الغائب فإنه لا يوافق على الاستدلال بحديث هند على صحة القضاء على الغائب ، لأن قضية هند كانت بمكة

---

(١) المغنى ، جـ ١١ ، ص ٤٨٥ ، والمحلى لابن حزم ،جـ ٩ ، ص ٣٦٩ .

(٢) صحيح مسلم ، بشرح النووى ، جـ ١٢ ، ص ٧ .

(٣) أى أن زوجها معروف ، فلم تقل : زوجى فلان ، فالزوجية معروفة ليست محل دعواها .

(٤) شرح الكنز لمحمود العينى ، جـ ٢ ، ص ٩١ ، والمهذب الشيرازى ، جـ ٢ ص٣٠٣ .

وكان زوجها أبو سفيان حاضرا بها لا غائبا عنها ، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائبا عن البلد ، أو مستترا لا يقدر عليه ، أو متعززا ، وهذا الشرط غير متحقق فى هذه القضية ، لأن أبا سفيان موجود فالحكم عليه ليس غيابيا ، فلا يكون هذا من رسول الله ﷺ قضاء على الغائب ، وإنما هو إفتاء منه ﷺ [١] أى أن هندا جاءت طالبة للفتوى وليست طالبة لأن يقضى لها رسول الله ﷺ على زوجها أبى سفيان .

وأيضا مما يؤكد أنها جاءت مستفتية أنها قالت : فهل على جناح ؟

أدلة المانعين للحكم على الغائب :

استدل المانعون للحكم على الغائب بالأدلة الآتية :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون** ﴾ [٢] .

فالآية الكريمة ذمتهم لإعراضهم إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم ، وهذا يدل على أنه يجب عليهم أن يحضروا للحكم ، ولو نفذ الحكم مع الغيبة ، لم يجب الحضور ولم يستحقوا الذم ، فدل هذا على عدم جواز الحكم على الغائب [٣].

مناقشة الاستدلال :

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال : بأنه لا منافاة بين ذمهم على عدم الحضور لأنه واجب عليهم ونفوذ الحكم عليهم عند الغيبة ، فيمكن أن يجتمع الأمران : الذم على عدم الحضور ، ونفوذ الحكم مع الغيبة .

ثانيا : ما روى أن رسول الله ﷺ قال لعلى بن أبى طالب ﷺ :

" لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك إذا سمعت

---

(١) صحيح مسلم ، بشرح النووى ، جـ ١٢ ، ص ٨ .

(٢) سورة النور الآية ٤٨ .

(٣) أدب القضاء ، لابن أبى الدم ، القسم الدراسى لمحقق الكتاب ، جـ ١ ، ص ١٥٨ .

كلام الآخر علمت كيف تقضى " • رواه أحمد وأبو داود ، والترمذى بمعناه ، وقال فيه الترمذى : هذا حديث حسن صحيح • فسماع كلام الآخر مستلزم لحضوره •

مناقشة الاستدلال بالحديث :

أجاب المخالفون عن الاستدلال بهذا الحديث بأننا نقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلام كل منهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ، ويفارق الحاضر الغائب ، فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته ، والغائب بخلافه •

قال ابن حزم بعد فرض أن هذا الحديث وما يفيد معناه صحيح : " لو صحت الأخبار لما كان بها متعلق أصلا ، لأنه ليس فيها أن لا يقضى على غائب ، بل فيها أن لا يقضى على حاضر بدعوى خصمه ، دون سماع حجته ، وهذا شئ لا نخالفهم فيه ، ولا يجوز أن يقضى على حاضر ولا غائب بقول خصمه ، لكن بالذى أمر الله تعالى به من البينة العادلة فقط " (١).

ثالثا : ما روى عن عمرو بن عثمان بن عفان ، قال : أتى عمر بن الخطاب رجلٌ قد فقئت عينه ، فقال له عمر : تحضر خصمك ، فقال له : يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى ؟ فقال له عمر : فلعلك قد فقأت عينى خصمك معا ، فحضر خصمه قد فقئت عيناه ، فقال عمر : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء •

قال المستدلون بهذا : ولا يعلم لعمر بن الخطاب فى ذلك مخالف من الصحابة (٢) ، وقد أجاب ابن حزم على هذا بعدة أمور :

(١) المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٦٨ •
(٢) المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٦٨ •

أولا : لا يصح هذا عن عمر ، لأن هذا مروى من طريق محمد الغفارى عن ابن أبى ذئب الجهنى ، وهما مجهولان ، وجهالة الراوى ترد الحديث ، قال ابن حزم : " لا يدرى من هما فى خلق الله تعالى " ٠

ثانيا : هذا الأثر مروى عن عمرو بن عثمان بن عفان عن عمر ابن الخطاب ، وهذا كذب ، لأن عمرو بن عثمان بن عفان لم يولد إلا ليلة موت عمر ٠

ثالثا : على فرض صحة ما نقل عن عمر فليس فيه إلا أنه لا يقضى على غائب بدعوى خصمه ، وهذا حق لا ينكر ٠

رابعا : أن النقل الصحيح عن عمر وعثمان أنهما قضيا على الغائب إذا صح الحق ، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك [١].

خامسا : القضاء إنما هو لقطع المنازعة ، ولا توجد منازعة هنا لعدم الإنكار ٠

سادسا : القضاء على الغائب قضاء لأحد الخصمين وحده ، فلا يجوز ، كما لو كان الآخر فى البلد ٠

سابعا : يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ، ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه ٠

مناقشة هذه الاستدلالات :

أجيب عن هذا الاستدلال بأن : أبا حنيفة ناقض الأصل الذى يقول به ، فقال إذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجا غائبا ، وله مال فى يد رجل ، وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك ، فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة ٠

---

(١) المصدر السابق ٠

ونرى الأخذ بالرأى القائل بصحة القضاء على الغائب بعد محاولات إحضاره ما دامت البينة موجودة ، لكى لا تضيع حقوق الناس ، والعصر الذى نعيش فيه شاهد على حالات كثيرة يستولى فيها بعض الناس على أموال الآخرين لاستثمارها ـ ظاهرا ـ فى تجارة أو غيرها ، ثم يهرب ، فهل تضيع حقوق الناس بحجة عدم القضاء على الغائب أم ينظر القاضى فى القضية ويطلب البينة ، فإذا قامت البينة حكم القاضى بمقتضاها ، وسنجد ـ كما سنبين ـ أن بعض فقهاء الحنفية يرى القضاء على الغائب مخالفا بهذا رأى إمامه أبى حنيفة رضي الله عنه .

وقد دافع ابن حزم الظاهرى بعباراته الهجومية المألوفة منه عن الرأى القائل بصحة القضاء على الغائب ، قال : " وما ندرى فى الضلال أعظم من مثل حاكم شهد عنده العدول بأن فلانا الغائب قتل زيدا عمدا أو خطأ ، أو أنه غصب هذه الحرة ، أو تملكها ، أو أنه طلق امرأته ثلاثا ، أو أنه غصب هذه الأمة (الجارية) من هذا ، أو تملك مسجدا ، أو مقبرة ، فلا يلتفت إلى كل ذلك ، وتبقى فى ملكه الحرة ، والفرج الحرام ، والمال الحرام ، ألا إن هذا هو الضلال المبين ، والجور المتيقن ، والفسق المتين ، والتعاون على الإثم والعدوان " [1].

اضطراب فقهاء الحنفية فى مسائل الحكم على الغائب :

مع أنه صح النقل عن أبى حنيفة رضي الله عنه أنه كان يرى أنه لا يقضى على الغائب بشئ ، فإن فقهاء الحنفية قد اضطربت آراؤهم وبيانهم فى مسائل الحكم للغائب وعليه ، ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر تبنى عليه

(١) المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٦٩ .

الفروع بلا اضطراب ولا إشكال كما قرر ذلك صاحب كتاب جامع الفصولين ، وهو من كبار فقهاء الحنفية ، واستظهر أن القاضي عليه أن يتأمل في الوقائع التي تعرض عليه ، ويحتاط للحقوق حتى لا تضيع ، ويلاحظ الحرج الذي يمكن أن يحدث للمتخاصمين ، وبقدر الضروريات ، فيقضي بحسبها جوازا وفسادا وذكر مثالين لهذا :

المثال الأول : لو طلق الزوج زوجته عند العدول ، ثم غاب الزوج عن البلد ، ولا يعرف مكانه ، أو كان مكانه معروفا ، ولكن القاضي لا يستطيع إحضاره ، ولا تستطيع الزوجة أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده الشاسع ، أو لأي مانع آخر .

المثال الثاني : لو غاب المدين وله نقد في البلد .

ويرى صاحب جامع الفصولين أنه في مثل هذين المثالين لو أقام الخصم البرهان على الغائب ، بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب على ظنه أنه حق لا تزوير فيه ولا حيلة ، فينبغي للقاضي أن يحكم على الغائب أو له ، وكذلك ينبغي للمفتي أن يفتي بجواز ذلك ، دفعا للحرج عن الناس والضرورات ، وصيانة للحقوق عن الضياع ، خاصة وأن مسألة القضاء على الغائب من المسائل الظنية الاجتهادية ، وذهب إلى جواز الحكم على الغائب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد ، وفيها روايتان عن فقهاء الحنفية ، ثم قال : " والأحوط أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي الغائب ، ولا يفرط في حقه " [1].

---

(1) جامع الفصولين ، لمحمود بن إسرائيل ، الشهير بابن القاضي سماونة ، جـ ١ ، ص ٤٣ ، طبعة أولى ، والمجاني الزهرية على الفواكه البدرية لابن الغرس ، ص ٩٦ .

الغائب عند المالكية :

بين فقهاء المالكية أن الغائب إما أن يكون قريب الغيبة ، كما لـــو كانت المسافة بيننا وبينه تستغرق يومين أو ثلاثـــة (بوســائل السـفر البدائية أى بالحيوانات) وإما أن يكون بعيدا جدا ، كالبعد بيــن تونـس والمدينة المنورة .

فإذا كان قريب الغيبة فحكمه حكم الحاضر فى سماع الدعوى عليـه والبينة ، ثم يرسل إليه القاضى يخبره إما أن يقدم إلى مقر القاضى ، أو يوكل عنه وكيلا فى الدعوى ، فإذا لم يقدم ولا وكل عنه وكيـــلا حكــم عليه القاضى .

وأما إن كان بعيد الغيبة جدا فالقاضى يقضى عليـــه بعـد سـماع الشهود وتزكيتهم ـــ بيمين القضاء من المدعى أن حقـــه ثـابت علـى المدعى عليه ، وأنه ما برأه به ، ولا وكل الغائب شخصا يقضى هـــذا الحق عنه ، ولا أحاله على أحد فى جميع هذا الحق ولا بعضه .

وبين المالكية أن يمين القضاء واجبة لا يتم حكم القاضى إلا بـــها ، كما هو المذهب عندهم [(١)].

الغائب عند الشافعية :

الغائب الذى يحكم عليه عند الشافعية نوعان :

النوع الأول : من كانت المســـافة بيــن القــاضى وبينـــه فـــوق مسافة العدوى ، ويحددون مسافة العدوى ، بأنها المسافة التى لو خـــرج مبكرا [(٢)] لبلد القضاء لرجع إليها فى يومه [(٣)] بعد فراغ زمن المخاصمة

---

(١) الشرح الصغير ، جـ ٥ ، ص ٢٤ ، ٢٥ مطبعة صبيح .

(٢) التبكير كما قال الشافعى إما أن يكون معناه الخروج عقب طلوع الفجر ، وهذا أخـــ مما قالوه فى صلاة الجمعة ، فإن التبكير فيها يدخل وقته من طلـــوع الفجـــر ، يكون معناه التبكير فى عرف الناس ، وهو الخروج قبيل طلوع الشمس . الجـــ على المنهج ، جـ ٥ ، ص ٣٦٤ .

(٣) القدر الذى ينتهى به سفر الناس غالبه هو أوائل الليل .

المعتدلة من دعوى ، وجواب ، وإقامة بينة حاضرة ، وتعديلها ، قالوا : والعبرة بسير الأثقال لأنه منضبط [1].

وقيل أن يكون بينه وبين القاضى مسافة القصر ، وهى ثلاثة وثمانون كيلو مترا تقريبا ، كالمسافة بين مكة وجدة ، عندما كانت كذلك قبل أن تزحف المساكن من المدينتين ، لكن (المسافة الآن قد قلت عن ثمانين كيلو مترا بين جدة ومكة) .

وتحديد المسافة بما بين مكة وجدة مبين فى حديث رواه البخارى عن عبد الله بن عباس تعليقا أنه سئل أتقصر الصلاة من مكة إلى عرفة ؟ قال : لا ، ولكن إلى عسفان ، وإلى جدة ، وإلى الطائف ، قال الصنعانى بعد أن ذكر هذا : " وهذه الأمكنة بين كل واحد منها وبين مكة أربعة برد فما فوقها " [2].

النوع الثانى : الحاضر فى البلد لكنه توارى ، أو تعزز ، وعجز القاضى عن إحضاره ، فهذا أيضا يعد غائبا ويحكم القاضى عليه ، لتعذر الوصول إليه ، وإلا لاتخذ الناس ذلك ذريعة إلى إبطال الحقوق .

---

(١) سميت مسافة العدوى بهذا ــ كما قال بعض العلماء ــ لأن القاضى يعدى أى يعين من طلب خصما منها على إحضاره ، وقد علق على هذا بعض آخر من العلماء فقال ، " ولعل هذا تفسير باللازم ، وإلا فمعنى أعدى : أزال العدوان ، كما أن اشتكى أزال الشكوى ، وفى المصباح : واستعديت الأمير على الظالم طلبت منه النصرة ، فأعدانى عليه أعاننى ونصرنى ، فاستعدى طلب التقوية والنصرة ، والاسم العدوى ، قال ابن فارس : العدوى طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك ، أى ينتقم منه باعتدائه عليك ، والفقهاء يقولون : إلى مسافة العدوى ، وكأنهم استعاروها من هذه العدوى ، لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعود بعد يوم واحد ، لما فيه من القوة والجلادة . حاشية الجمل على المنهج ، جـ ٥ ، ص ٣٦٤ .

(٢) سبل السلام للصنعانى ج ٢ ص ٤٠ .

وأما غير هذين فلا تسمع الحجة ، ولا يحكم عليه إلا بحضوره ، كما هو مبين فى فقه الشافعية [1].

وأكثر أهل العلم يرون أن الحاضر فى البلد أو قريب منه إذا لم يمتنع من الحضور لا يقضى عليه قبل أن يحضر أمام القاضى ، لأنه يمكن سؤاله ، فلا يجوز الحكم عليه قبل سؤاله كالحاضر الذى يحضر مجلس القاضى ، ولا يصح القياس على الغائب البعيد ، لأن البعيد لا يتيسر سؤاله .

أما لو امتنع المدعى عليه من الحضور ، أو توارى فيجوز القضاء عليه ، لأنه تعذر حضوره وسؤاله أمام القاضى ، فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد ، بل هذا أولى ، لأن الغائب البعيد معذور ، وهذا لا عذر له [2].

<u>شروط القضاء على الغائب عند القائلين به :</u>

الشرط الأول : تعسر إحضار المدعى عليه .

الشرط الثانى : أن يكون المدعى به حقا لآدمى ، فإن كان حقا خالصا لله تبارك وتعالى فلا يصح القضاء به على الغائب ، كحد شرب الخمر ، والزنا ، وذلك لأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة ، بخلاف حقوق الآدميين ، فإذا قامت بينة على غائب بسرقة مال ، حكم القاضى بالمال دون عقوبة السرقة وهى قطع اليد ، لأن العقوبة هنا هى حق من حقوق الله تبارك وتعالى ، وأما المال فهو حق الإنسان [3].

---

(١) الغاية القصوى فى دراية الفتوى ، لعبد الله بن عمر البيضاوى ، تحقيق على محى الدين على القرة داغى ، جـ ٢ ، ص ١٠١٢ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصارى ، جـ ٥ ، ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ مطبعة مصطفى محمد .

(٢) المغنى ، جـ ١١ ، ص ٤٨٧ .

(٣) المصدر السابق ، جـ ١١ ، ص ٤٨٦ .

ويرى الشافعية جواز القضاء على الغائب فى حد القذف ، لأن حد القذف فيه حقان : حق الله تبارك وتعالي ، وحق للعبد ، لكن حق العبد أغلب عند الشافعية ولهذا جاز القضاء فيه على الغائب [1].

الشرط الثالث : أن يصرح المدعى بالدعوى ، ويعين المدعى به من ناحية القدر ، والجنس .

الشرط الرابع : أن يقيم المدعى البينة ، وهل يقوم القاضى باستحلاف المدعى مع بينته أم لا ؟ للعلماء فى هذا رأيان :

أحدهما : أنه لا يستحلف المدعى مع بينته ، وهذا منقول عن أحمد فى أشهر روايتين عنه .

وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى :

أولا : ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه " .

ثانيا : البينة التى أقامها المدعى بينة عادلة ، وما دامت بينة عادلة لا تجب اليمين معها ، كما لو كانت اليمين على الحاضر .

الرأى الثانى : يستحلف المدعى مع بينته ، وهذا ما يراه الشافعى ، ورواية ثانية عند أحمد ، ويراه المالكية كما سبق أن بينا .

وقد استند هذا الرأى إلى ما يلى :

أولا : يجوز أن يكون المدعى قد استوفى ما قامت به البينة ، أو ملكه العين التى قامت بها البينة ، ولو كان المدعى عليه حاضرا فادعى ذلك لوجبت اليمين ، فإذا تعذر ذلك فيه لغيابه وجب أن يقوم القاضى مقامه في الأمور التي يمكن أن يدعيها الغائب .

---

(١) فتاوى الإمام النووى المسمى المسائل المنثورة ، ص ١٦٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

ثانيا : القاضى مأمور بالاحتياط فى حق الغائب ، لأنه لا يعبر عن نفسه ، واستحلاف المدعى من الاحتياط [1].

لا يحلف المدعى على حاضر إذا أقام البينة :

العلماء الذين يرون استحلاف المدعى على الغائب مع وجود البينة إنما قالوا ذلك احتياطا للغائب ، لأنه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة إبراء من هذا الحق ، أو قضاء ، او حوالة ، وأما إذا كانت الدعوى على حاضر ، وأقام المدعى البينة فليس للقاضى تحليف المدعى مع البينة ، حتى لو ارتاب القاضى ، وما على القاضى عند الارتياب إلا أن يحتاط فى البحث عن حال الشهود ٠

نصب " مسخر " يقوم مقام الغائب :

يرى بعض العلماء أنه فى حالة نظر الدعوى على غائب يستحب للقاضى أن ينصب مسخرا ، أى شخصا يقوم مقام المدعى عليه للغائب ينكر ما يدعى المدعى نيابة عن الغائب بأن يقول للمدعى : ليس لك عليه ما تدعيه ، وذلك لكى تكون الحجة التى يقيمها المدعى على إنكار منكر ، ويرى هذا البعض من العلماء أن هذا من المسخر وإن كان كذبا ــ والكذب حرام ــ إلا أنه جاز هنا لأنه من المصلحة ، والكذب قد يجوز للمصلحة ، وخصوصا وأن الأصل براءة ذمة الغائب مما يدعيه عليه خصمه [2].

---

(١) المغنى ، جـ ١١ ، ص ٤٨٦ ٠

(٢) قال بهذا الرأى بعض الشافعية ، وبعض الحنفية ٠ حاشية القليوبى على شرح جلال الدين المحلى على المنهاج جـ ٤ ، ص ٣٠٨ ، وفتح القدير جـ ٥ ، ص ٤٩٥ ٠

ونصب المسخر ــ كما قال أحد أساتذتنا [١] ــ إغراق فى الحرص على الشكليات يشبه المهزلة ، وإلا فما الذى يمنع من سماع البينة ، حتى على تقدير أن الغائب فى الواقع مقر ونحن لا نعلم ، وتكون حجة ضرورة ــ لمكان الغيبة والجهالة ــ واقعة موقع الاستثناء من الأصل العام الذى يقرر أن البينة لا تقام على مقر ، وأليس هذا أفضل ألف مرة من ذلك السخف الذى لا معنى له " نصب المسخر " ؟

الشرط الثانى من شروط صحة الحكم فى الدعوى : أن لا يسبق من المدعى ما يناقض دعواه :

اشترط العلماء هذا الشرط لأنه يستحيل الجمع فى الصدق بين سابق كلامه ولاحقه ، كما لو ادعى شخص ملكية دار بعد إقراره أنه استأجرها ، لأن استئجارها إقرار بالملك للمؤجر ، فيكون بدعواه متناقضا ، والتناقض يمنع صحبة الدعوى .

وقد استثنى بعض العلماء من هذا بعض المسائل :

منها : ما لو كذب القاضى المدعى فيما سبق منه ، فتصح الدعوى حينئذ ، لأن الكلام بهذا التكذيب ــ الذى حدث من القاضى ــ صار غير معول عليه ، فلم يوجد التناقض .

ومنها : ما لو أقر بالرضاع ، فقال عن امرأة معينة : هذه رضيعتى ، ثم اعترف بالخطأ فى إقراره ، فله أن يتزوج بها بعد ذلك .

ومنها : ما لو صدق الورثة امرأة على أنها زوجة لمورثهم ودفعوا الميراث إليها ، ثم دعواهم استرجاع الميراث منها بحكم الطلاق البائن الذى كان قد حصل من مورثهم حال صحته ، ووفاته بعد هذا الطلاق ،

---

(١) الدكتور./ إبراهيم عبد الحميد ، فى نظام القضاء فى الإسلام ، ص ٢٥٣ .

فتسمع دعواهم ، لقيام العذر فى ذلك لهم ، حيث استصحبوا الحال فـــى الزوجية ، فصدقوا المرأة فيها ، وخفيت عليهم البينونـــة ، لأنـــها مـــن الأمور التى ينفرد بها الزوج ، ولذلك كان التناقض أمرا معفوا عنه .

الشرط الثالث من شروط صحة الحكم فى الدعـــوى : أن يكـــون المدعى به مما يحتمل الثبوت :

يشترط لصحة الدعوى أن يكون المدعى به قابلا للثبوت ، بأن لا يكون مستحيلا فى الحس ، أو فى العقل ، أو فى العادة ، لأن الدعـــوى تكون فى حال المستحيل المادى ظاهرة الكذب مـــع احتمـــال الصـــدق احتمالا بعيدا ، وفى حال المستحيل الحسى والعقلى متيقنة الكذب ، فـــلا تحتمل الصدق بأى حال من الأحوال .

مثال المستحيل العقلى ادعاؤه أن شخصا ابنه ، مع أنه لا يولد مثله لمثله ، كأن كان المدعى فى الأربعين من عمره ، والمدعى بنوته فـــى الخامسة والثلاثين من عمره .

ومثال الدعوى بالمستحيل الحسى ادعاؤه مثـــل الجبـــل ذهبـــا أو فضة .

ومثل بعض العلماء للدعوى بالمستحيل العادى بدعوى مـــن هـــو معروف بالفقر والحاجة ــ وهو يأخذ الزكاة من الأغنياء ــ على آخـــر أنه أقرضه من مال نفسه مائة ألف دينار ذهبا ، نقدا دفعة واحدة ، وأنـــه استهلكها فى شئون نفسه بعد أن استقرضها وقبضها ، ويطالبنـــه بـــرد بدلها ، فيرى بعض العلماء أن مثل هذه الدعوى لا يلتفت إليها القـــاضى ، ولا يسأل المدعى عليه من جوابها [1].

---

(١) المجانى الزهرية ، على الفواكه البدرية ، ص ١٠٥ .

وأرى أن مثل هذه الدعوى لا مانع من سماعها ، لأنه فى بعض الأحيان تدل ظواهر الأمور على خلاف الحقيقة والواقع ، فربما كان هذا الذى ظاهره الفقر والاحتياج غنيا فى واقع الأمر ، فما المانع من سماع دعواه ، والتحقيق فيها ، ومطالبته بالبينة • والوقائع التى تنشر فى الصحف ، وتفيد العثور على آلاف الجنيهات فى بيت متسول تبين أن هذا المتسول من الممكن له أن يقرض غيره بالآلاف إذا أخذ عليه وصل أمانة مثلا •

الشرط الرابع عند بعض الحنفية : اشتمال الدعوى على المطالبة :

مطالبة المدعى عليه بالمدعى به شرط صحة الدعوى عند أرباب المتون والشروح من فقهاء الحنفية ، وأما أصحاب الفتاوى من فقهائهم فجعلوا اشتراط هذا الشرط قولا ضعيفا ، والصحيح ــ كما قرر ذلك بعض الحنفية ــ ما فى الفتاوى وهو عدم اشتراط المطالبة أصلا •

الشرط الخامس من شروط صحة الحكم فى الدعوى : أن يكون المدعى به معلوما :

لابد من أن يكون المدعى به معلوما لكى تكون الدعوى صحيحة ، بأن يفصل المدعى ما يدعيه ، فيقول فى دعوى القتل مثلا : قتله عمدا ، أو شبه عمد ، أو خطأ ، وقتله وحده ، أو اشترك مع غيره ، فإذا أطلق ما يدعيه كقوله : هذا قتل ابنى ، استحب للقاضى استفصاله فيما ذكره •

وإذا كان المدعى به شيئا من الحبوب كالقمح أو غيره ، فتكون الدعوى معلومة ببيان الجنس ، كالقمح أو الشعير ، وبيان القدر ، والنوع ، والصفة •

وهذا إذا لم يكن المدعى به حاضرا ، وإلا فتكفى الإشارة إليه •

وهذا أيضا إذا كانت الدعوى دعوى عين ، وأما دعوى الدين فلا يشترط فيها شئ من ذلك ، بل المطلوب فيها أن يذكر المدعى ما يحصل به معلومية المدعى به ولو ببعض الأمور التى ذكرناها •

الشرط السادس : كونها ملزمة :

يشترط لصحة الدعوى أن تكون ملزمة بشئ على الخصم ، وإلا كانت عبثا كما ادعى شخص التوكيل على موكله الحاضر ، فهذه الدعوى لا يسمعها القاضى ، لأن الوكالة عقد غير لازم ، بإمكان الموكل عزل وكيله .

الشرط السابع : أن تكون فى مجلس القضاء :

فإذا كانت الدعوى فى غير مجلس القضاء فلا تكون صحيحة ، فلا يلزم المدعى عليه بالجواب ، كما لا تسمع الشهادة إلا بين يدى القاضى .

الشرط الثامن : أن تكون بلسان المدعى أو وكيله :

يرى أبو حنيفة ﷺ أنه لابد أن تكون الدعوى بلسان المدعى ، إذا لم يكن به عذر ، إلا إذا رضى المدعى عليه لسان غيره .

وأما أبو يوسف ، ومحمد صاحبا أبى حنيفة ، فيريان أنه لا يشترط ذلك ، حتى لو وكل المدعى رجلا بالخصومة من غير عذر ، ولم يرض به المدعى عليه تصح الدعوى ، فيلزم المدعى عليه الجواب ، وتسمع البينة .

ونرى رجحان هذا الرأى ، وسنعاود الكلام — إن شاء الله تعالى — بعد ذلك عن الوكالة فى الدعوى .

هذا ، وقد بين العلماء أن المدعى إذ كان عاجزا عن الدعوى عن ظهر قلبه ، فإنه يصح له أن يكتب دعواه فى صحيفة ، ويدعى منها ، فتسمع دعواه .

الشرط التاسع : أن لا تكون بنذر لمخلوق :

بين بعض العلماء أنه يشترط لصحة الدعوى عدم كونها بنذر لمخلوق ، لأن النذر لا يكون إلا لله عز وجل ، فلا تسمع الدعوى بالنذر للمخلوق ، ولا يقضى به [1].

---

(١) المجانى الزهرية ، على الفواكه البدرية ، ص ٩٤ .

الشرط العاشر : تعيين المدعى عليه :

لابد فى صحة الدعوى من تعيين المدعى عليه ٠

الشرط الحادى عشر : أن لا يكون المدعى أو المدعى عليه حربيا :

يرى بعض فقهاء الشافعية أنه يشترط لصحة الدعوى أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه غير حربى ، لا أمان له ، فلا تصح الدعوى من الحربى الذى لم يعط الأمان من المسلمين ، ولا تصح كذلك الدعوى عليه ٠

أما إذا كان الحربى له أمان من المسلمين ، كأن عقدنا معه هدنة ، أو أعطيناه أمانا مخصوصا فتسمع الدعوى منه وعليه ٠

الشرط الثانى عشر : تكليف المدعى :

يشترط عند بعض الفقهاء فى صحة الدعوى التكليف فى المدعى ، أى أن يكون بالغا عاقلا ، وعلى هذا فلا تصح الدعوى من الصبى والمجنون ٠

هكذا قرر فقهاء الشافعية [1] ، وأما المالكية فلا يشترطون البلوغ فى المدعى فإذا ادعى غير البالغ وأقام شاهدا واحدا قبلت منه الدعوى [2] ، وأما الحنفية فيرون أن الصبى إذا كان مميزا مأذونا له فى المخاصمة [3] فإنه يصح أن يكون مدعيا ٠

---

(١) حاشية الشرقاوى على التحرير ، جـ ٢ ، ص ٥١٠ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، جـ ٢ ، ص ٢٢٤ ٠ والإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، لمحمد الشربينى الخطيب جـ ٥ ، ص ٩٤ ، مطابع الشعب ٠

(٢) الشرح الصغير ، مع حاشية الصاوى ، جـ ٤ ، ص ٢٨٦ ٠

(٣) لو كان الصبى مرنه والده على البيع والشراء وكيفية مطالبة المدينين بما عليهم وأذن له والده فى أن يخاصم من عليه دين لوالده ، أى أن يدعى أمام القاضى فإن هذا الصبى يكون مأذونا له فى المخاصمة ٠

حكم المدعى عليه من حيث اشتراط التكليف :

هذا بالنسبة للمدعى ، وأما بالنسبة للمدعى عليه فعند الحنفية أيضا يشترط فيه التكليف (١)، فلا يصح الدعوى عندهم على الصبى والمجنون، ويرى الشافعية أنه لا تسمع الدعوى على الصبى والمجنون إلا في الإتلاف ، فإذا أتلف الصبى أو المجنون شيئا فإن الدعوى تصح عليه مع البينة واليمين ، كالدعوى على الغائب والميت .

الشرط الثالث عشر : أن تكون الدعوى محققة :

بين العلماء أنه لابد أن تكون الدعوى محققة ، فلو قال : أظن أن لى عليه ألفا لا تسمع الدعوى ، لتعذر الحكم بالمجهول ، لكن صرح العلماء بأن الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق (٢).

حكم الوكالة فى الدعوى : تجوز بعوض وبغير عوض :

بين العلماء أنه يجوز التوكيل فى الخصومة سواء أكان الموكل رجلا أم امرأة ، وللموكل أن يعزل الوكيل إن ظهر منه غش فى خصومته ، وميل مع المخاصم له ، وكما تجوز الوكالة بغير عوض ، تجوز أيضا بعوض ، فلو كانت بعوض فهى عقد لازم ، ولا يصح لواحد منهما التخلى ، ويشترط أن تكون بعوض معلوم ، وإلى أجل معلوم ، وفى عمل معروف .

اختلاف العلماء فيما لو اتفقا على أجرة إذا كسب القضية :

واختلف العلماء فيما لو اتفقا على أن له عوضا معلوما إذا أدرك حقه ، وإذا لم يحكم القاضى به فليس له شئ ؟ ومن يرى جواز هذا

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٦ ، ص ٢٢٢ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ، جـ ١ ، ص ١٢٩ ، بهامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك .

الاتفاق يشبهه بالاتفاق مع الطبيب على البرء من المرض ، فإن بـــرئ فله كذلك وإلا فلا شئ له .

وروى عن مالك ﷺ كراهة الجعل على الخصومة بشــــرط أن لا يأخذ إلا بإدراك الحق ، لأنها على الشر والمجادلة ، ولأنها قد تطــــول ولا ينجز غرض الجاعل فيذهب عمل من قام بالخصومة مجانا .

ويروى عنه رواية أخرى بالجواز ، لأن الضرورة قد تلجئ النــاس إلى ذلك [1].

الوكالة عن المتهم بدعوى الباطل لا تجوز :

وصرح العلماء بأن الوكالة عن المتهم بدعوى الباطل لا تجـــوز ، ولا يجوز شرعا المجادلة عنه ، بل صرحوا بأن الخصومة عن الغــــير تمنع إثباتا أو نفيا دون معرفة الحقيقة [2].

فالوكالة فى الخصومة ــ وهى التى يقوم بها المحـــــامون [3] فـــى عصرنا ــ مشروطة بأن يعلم الوكيل أو يغلب على ظنه أن موكله ليس على باطل وإلا فلا يجوز له أن يكون وكيلا عنه [4] ، لأن أكل أمــــوال الناس بالباطل ــ سواء أكان مباشرة أم بالوكيل ــ لا يجــوز شــرعا ،

---

(١) لأنه قد يكون الموكل مسافرا سفرا بعيدا ، أو مريضا لا يستطيع الانتقال إلـــى مقــر القاضى .

(٢) أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ، ص ٤٩٨ .

(٣) أصدرت الحكومة المصرية عام ١٨٨٨ لائحة المحاماة ، وفيها سميت حرفة المحاماة وبعد خمس سنوات أطلق عليهم رسميا اسم " الأفوكـــاتو " أســـوة بزملائـــهم أمـــام المحاكم المختلطة ، وكان موجودا فى مصر إلى سنة ١٩١٠ محامون لا يحملـــون أى شهادات دراسية ، وصدر قانون نقابة المحامين فى مصر سنة ١٩١٢ ، وفـــى هذه السنة قيد أول محام فى مصر أمام النقابة . محسن محمد (جريدة أخبار اليــوم فى ١٩٩٣/٩/٤م) .

(٤) تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ١٥٤ ، وما بعدها .

ويتسع المحامون أمامهم الحديث الذى روته السيدة أم سلمة رضى الله عنها زوج رسول الله ﷺ قالت : " جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ فى مواريث قد درست ليس بينهما بينة ، فقال رسول الله ﷺ ، إنكم تختصمون إلى رسول الله ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن من بعض ، وإنما أقضى بينكم على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار ، يأتى بها إسطاما فى عنقه يوم القيامة " (١).

هل يسقط الحق بتقادم الزمان ؟

قرر السرخسى أحد كبار فقهاء الحنفية فى كتابه " المبسوط " أن الرجل إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن هناك مانع يمنعه من الدعوى كالغيبة ونحوها ، ثم ادعى بعد ذلك لا تسمع دعواه .

التعليل لذلك :

وعلل لذلك بأن ترك الدعوى كل هذه المدة من غير عذر مع التمكن من إقامتها يدل على عدم الحق فى الظاهر ، لكن فى بعض كتب الحنفية الأخرى ، كالأشباه لابن نجيم أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، ويوضح بعض علمائهم أن عدم سماع الدعوى بعد المدة المذكورة ، إنما هو للنهى عنه من السلطان ، فيكون القاضى معزولا عن سماعها إلا بأمر ، فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع ، وقال : إن سبب النهى إرادة قطع الحيل والتزوير .

رأى بعض الحنفية ومحاولة التوفيق بين ما قاله السرخسى وبين مبدأ عدم سقوط الحق بالتقادم :

---

(١) الحديث متفق عليه ، ورواه أيضا أحمد بن حنبل ، سبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٢١ ، ومسند أحمد .

لكن بعض الحنفية لم يشترط فى صحة الدعوى عدم مضـــى هــذه المدة ، وصرح هذا البعض من الحنفية بأن من القضاء الباطل القضـــاء بسقوط الحق بمضى سنين ، وحاولوا أن يوفقوا بين ما قاله السرخســى وبين مبدأ عدم سقوط الحق بالتقادم ، فقالوا إن ما فى المبسوط لا يخالف هذا المبدأ ، فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط ، وإنمـــا فيــه عــدم ســماع الدعوى [1].

لكننى أرى أنه سواء أقلنا مع السرخسى بعدم سماع الدعـــوى إذا تركها صاحبها ثلاثا وثلاثين سنة ، أم قلنا بسقوط الحق بمضـــى هــذه السنين أو أقل أو أزيد ، فالنتيجة واحدة على كلا القولين وهى ســـقوط الحق ، لأنه إذا قلنا بعدم سماع الدعوى لأن الحاكم قد أمر بذلك ، فـــإن القضاة يكونون ممنوعين بأمر الحاكم من سماع الدعوى التـــى تركـــها صاحبها سنين معينة ، وهذا يؤدى إلى أن المدعى صاحب الحق لن يجد قاضيا يدعى أمامه ، فتكون النتيجة لهذا سقوط الحق بالتقادم .

ولهذا فإننا نرى أن المالكية كانوا أكثر وضوحا ـ كما سنعلم قريبا ـ عندما قرر بعضهم سقوط الحق بمضى سنين معينة ، وليـــس عــدم سماع الدعوى فقط .

وكذلك وجدنا عند الشافعية أن بعضهم ـ كالإمام الرملى ـ أفتـــى أن الحق إذا مضى عليه خمس عشرة سنة ، لا تسمع به الدعوى لمنـــع ولى الأمر القضاة ذلك ، فلم يجد صاحبه قاضيا يدعيه عنده [2].

ما يراه المالكية :

ونجد المالكية مختلفين ، فبعضهم يرى أن الديون الثابتة فى الذمـــة يسقطها مضى عشرين عاما مع حضور رب الدين ، وتمكنه من الطلب به ، ولا يوجد مانع يمنعه منه ، وبعضهم يرى أن الديون تسقط بمضى

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين ، جـ ٧ ، ص ٤٨٤ ، والمجانى الزهرية ، ص ١٠٨ .

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ، ص ٣٣٩ ، مطبعة مصطفى محمد .

ثلاثين عاما ، إذا كان صاحب الدين أيضا حاضرا ، ومتمكنا من الطلب بها ، وهذا ما يراه مالك ﷺ ، ويرى بعضهم عدم سقوطها أصلا ، وهذا هو الذى اختاره ابن رشد فى البيان ، فقد قال : " إذا تقرر الدين فى الذمة ، وثبت فيها لا يبطل وإن طال الزمان ، وكان ربه حاضرا ساكتا قادرا على الطلب به ، لعموم خبر " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم " (١).

ما نراه :

وأقول : هذا – فى رأيى – هو الحق الذى يجب أن يصار إليه وما على القاضى إلا أن يطلب الحجة من صاحب الحق ، فإذا تمكن المدعى من إثبات حقه بوسائل الإثبات المشروعة كان على القاضى أن يقضى به بحقه ، سواء مضت مدة طويلة أم لا ، وليس من حق رئيس الدولة أو ولى الأمر أن يمنع القضاة من سماع الدعوى ، لأن هذا يؤدى إلى أن يأكل الناس أموال غيرهم بالباطل ، وأكل أموال الناس لا يجوز حتى ولو حكم به الحاكم ، يؤيد ذلك قول رسول الله ﷺ : " إنكم تختصمون إلى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار " متفق عليه (٢).

لا يصح الأخذ بقرينة وترك الأخذ بالبينة :

ومما يدل على عدم سقوط الحق بتقادم الزمان ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " والمدعى قد يكون صاحب حق فى الواقع فإذا لم تسمع دعواه ، ولو طال

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ٢٣٦ ، والشرح الصغير ، جـ ٥ ، ص٦٧ ، مطبعة صبيح .

(٢) سبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٢١ .

الزمان ، لكان المدعى عليه آكلا لمال امرئ مسلم بغير طيب من نفسه ٠

لا يجوز إغفال مصلحة المدعى :

ومن الضعف أن نأخذ بقرينة ترجح جانب المدعى عليه وتترك الأخذ بالبينة التى قد تكون فى جانب المدعى ، فإن القائلين بعدم سماع الدعوى بعد مضى سنين حددوها ، قد عللوا لرأيهم هذا بأن ترك الدعوى كل هذه المدة من غير عذر مع التمكن من إقامتها ، يدل على أن المدعى ليس له الحق فى الظاهر ، أى أن سكوته هذه المدة قرينة على عدم ثبوت حقه ظاهرا ، ونقول إن القرينة هنا أضعف من البينة ، وإذا كان أصحاب الرأى القائل بعدم سماع الدعوى بمضى سنين معينة قد راعوا مصلحة المدعى عليه ، فقد أغفلوا فى الوقت نفسه مصلحة المدعى ، الذى قد يكون معه من وسائل الإثبات ما يستطيع بها أن يبين بجلاء حقه المدعى به ٠

أقصى ما يمكن نسبته إلى المدعى هو الإهمال :

إن أقصى ما يمكن نسبته إلى المدعى هو الإهمال والتفريط فى طلب حقه طوال السنين الماضية ، وهل الإهمال والتفريط جريمة كبيرة تستوجب أن يحرم الإنسان من حق يستطيع أن يقيم عليه البينة ؟ هل الإهمال والتفريط يستوجب أن يمنع الإنسان حتى من المطالبة بحقه ؟

نظام الفصل فى الدعوى

تمهيد

نحب قبل بيان نظام الفصل فى الدعوى أن نذكر كتاب عمر ﷺ إلى أبى موسى الأشعرى ، ففيه آداب جليلة للقضاة ، وبيان لصفة الحكم وكيفية الاجتهاد واستنباط القياس ، **كتب عمر يقول :**

" أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر ، فافهم إذا أدلى إليك الرجل الحجة ، فاقض إذا فهمت ، وامض إذا قضيت ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس فى وجهك ومجلسك ، وقضائك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا ، ومن ادعى حقا غائبا أو بينة فاضرب له أمدا ينتهى إليه ، فإن جاء ببينة أعطيته حقه ، وإلا استحللت عليه القضية ، فإن ذلك أبلغ للعذر وأجلى للعمى ، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل ، الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما ليس فى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، ثم اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك ، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى ، وأشبهها بالحق ، المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا فى حد ، أو مجربا عليه شهادة زور ، أو ظنينا فى ولاء ، أو نسب ، أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ، وادرأ بالبينات والأيمان ،

وإياك والغضب ، والقلق ، والضجر ، والتأذى بالناس عند الخصومة ، والتنكر عند الخصومات ، فإن القضاء عند مواطن الحق يوجب الله تعالى به الأجر ، ويحسن به الذكر ، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله تعالى ما بينه وبين الناس ، ومن تخلق للناس بما ليس في قلبه شانه الله تعالى ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا ، فما ظنك بثواب من الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام " أ.هـ [1]

بعد ذلك نقول : إذا صحت الدعوى بتوفر الشروط المطلوبة فيها ، فإن على القاضى أن يسأل الخصم " المدعى عليه " عنها ، كأن يقول : خصمك ادعى عليك كذا وكذا ، فماذا تقول ؟ فإذا أقر المدعى عليه حكم القاضى عليه بإقراره ، وإن أنكر ، سأل القاضى المدعى البينة فى دعواه ، فإن أقامها يحكم القاضى على خصمه ، وإذا لم يقم البينة قام القاضى بتحليف الخصم " المدعى عليه " إن طلب المدعى تحليفه ، لأنه حقه ، فإن رسول الله ﷺ روى عنه أنه قال للمدعى : " ألك بينة ؟ فقال : لا فقال : " فلك يمينه " ، فقال : يحلف ولا يبالى فقال ﷺ : " ليس لك إلا هذا ، شاهداك أو يمينه " .

دليل على أن اليمين حق للمدعى لا للقاضى :

فهذا يدل – كما قال العلماء – على أن اليمين حق للمدعى لا للقاضى ، لأن الرسول ﷺ أضاف اليمين إلى المدعى بلام التمليك .

ويرى البعض أنه لا يصح للقاضى أن يحلف المدعى عليه إلا بعد أن يطلب المدعى تحليفه ، لأنه حق له فلا يستوفيه بدون إذنه ، فلو

---

(١) سبل السلام ، للصنعانى جـ ٤ ، ص ١١٩ ، والأحكام السلطانية ، للماوردى ، ص ٨٠ .

حلفه القاضى قبل طلب المدعى فلا يعتد باليمين ، لأنها يمين قبل وقتها، وللمدعى الحق فى أن يطالب بإعادتها ، لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه .

وهذا الرأى فيه من المبالغة ما هو واضح ، لأن المقصود قد تحقق بيمين المدعى عليه سواء كان ذلك بطلب من المدعى أو كان بطلب القاضى .

اليمين توجه إلى كل من ادعى عليه حق :

جمهور العلماء من سلف الأمة وخلفها ، ومنهم الشافعى – رضى الله عنهم جميعا – ، يرون أن اليمين تتوجه على كل من ادعى عليه حق ، سواء أكان بينه وبين المدعى اختلاط أم لا .

ويرى مالك وجمهور أصحابه ، والفقهاء السبعة [1] ، فقهاء المدينة أن اليمين لا تتوجه إلا على الشخص الذى ثبت أن بينه وبين المدعى خلطة ، لئلا يبتذل السفهاء أهل الفضل ، بتحليفهم مرارا فى اليوم الواحد ، فاشترطت الخلطة حتى تدفع هذه المفسدة .

وقال المؤيدون لهذا الرأى أيضا : قد ثبت وتقرر أن الإقدام على اليمين يصعب على كثير من الناس ، سيما على أهل الدين ، وذوى المراتب والأقدار ، وهذا أمر معتاد بين الناس على مر الأعصار ،

---

(1) الفقهاء السبعة هم : سعيد بن المسيب بن حزن المخزومى ، المتوفى سنة ٩٤ ، وعروة بن الزبير بن العوام الأسدى ، المتوفى سنة ٩٤ ، والقاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق التيمى المتوفى سنة ١٠٦ ، وخارجة بن زيد بن ثابت الأنصارى المتوفى سنة ٩٩ ، وعبيد الله بن عتبة بن مسعود الهذلى المتوفى سنة ٩٥ ، وسليمان بن يسار الهلالى المتوفى سنة ١٠٧ ، واختلف فى السابع فقيل : أبو سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف ، وقيل : سالم بن عبد الله بن عمر العدوى المتوفى سنة١٠٦ ، وقيل : أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومى المتوفى سنة ٩٣ قال عبد الله بن المبارك كان فقهاء المدينة سبعة ، وقال : وكانوا إذا جاءتهم المسألة دخلوا فيها جميعا فنظروا فيها ، فلا يقضى القاضى حتى يرفع إليهم ، فينظرون فيها فيصدرون ، شرح الأمير على نظم ٣٩ مسألة لا يعذر فيها بالجهل ، لبهرام بن عبد الله ، ص ٥ ، وتبيين المسالك للشيخ عبد العزيز محمد ، جـ ١ ، ص ٢٤ .

لا يمكن جحده ، وكذلك روى عن جماعة من الصحابة أنهم افتدوا من أيمانهم ، منهم عثمان وابن مسعود ، وغيرهما ، وإنما فعلوا ذلك لمروءتهم ، ولئلا يبقى للظلمة إليهم إذا حلفوا — ممن يعادى الحالف ، ويحب الطعن عليه — طريق إلى ذلك .

وبعض فقهاء المالكية يرى أنه لا تشترط الخلطة فى تحليف المدعى عليه ، وأن القول باشتراط الخلطة قول ضعيف ، وجرى العمل فى المذهب المالكى على الرأى القائل بعدم اشتراط الخلطة (١).

وعلى القول الذى يذهب إلى اشتراط ثبوت الخلطة ، هل يشترط تعدد العدول فى إثباتها ؟ هنا أيضا رأيان عند من يرى ثبوت الخلطة ، أحدهما أنه تثبت الخلطة بعدل واحد ، ولو كان امرأة ، لكن بعض فقهاء المالكية بين أن هذا الرأى ضعيف (٢).

ومع أن المالكية — كما بينا — مختلفون فى اشتراط ثبوت الخلطة ، فى تحليف المدعى عليه فإنهم متفقون على أن هناك ثمانى مسائل تتوجه فيها اليمين وإن لم يثبت خلطة .

الأولى : الصانع إذا ادعى عليه بما له فيه صنعة ، فتتوجه عليه اليمين ، ولو لم تثبت خلطة بينهما ، وعللوا لهذا : بأنه لما نصب نفسه للناس فإن هذا التنصيب فى معنى الخلطة ، وكذلك يعطى نفس الحكم التاجر ينصب نفسه للبيع والشراء .

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك ، إلى مذهب الإمام مالك ، لأحمد بن محمد الصاوى على الشرح الصغير ، لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، جـ ٣ ، ص ٣٣٩ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر ، سنة ١٩٥٢ .

(٢) المصدر السابق ، جـ ٣ ، ص ٣٣٩ .

الثانية : المتهم بين الناس يدعى عليه بسرقة أو غصب ، فتتوجه عليه اليمين ولو لم تثبت خلطة . وهذا فى الشخص محل الاتهام بين الناس ، وأما الشخص مجهول الحال فيه رأيان عند المالكية .

الثالثة : الضيف إذا ادعى ، أو يدعى عليه .

الرابعة : الدعوى فى شئ معين ، كثوب بعينه .

الخامسة : الوديعة على أهلها ، بأن يكون المدعى ممن يملك تلك الوديعة والمدعى عليه ممن يودع عنده مثلها ، والحال يقتضى الإيداع كالسفر والغربة .

السادسة : المسافر إذا ادعى على رفقته .

السابعة : المريض إذا ادعى فى مرض موته على غيره بدين مثلا .

الثامنة : البائع إذا ادعى على شخص حاضرا المزايدة أنه اشترى سلعته بكذا وهذا الشخص الحاضر ينكر الشراء (١).

معنى الخلطة :

اختلف العلماء فى تفسير الخلطة ، فيرى البعض أن معناها أن يكون معروفا معاملته ومداينته ، وقيل : تكفى الشبهة ، وقيل : أن يليق بالمدعى أن يدعى بمثل هذه الدعوى على مثل المدعى عليه ، وقيل : أن يليق بالمدعى أن يعامل المدعي عليه بمثل هذه الدعوى .

والواقع أن جمهور العلماء لهم دليل قوى واضح هو القاعدة التى بينها حديث رسول الله ﷺ : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال

---

(١) المصدر السابق ، جـ ٣ ، ص ٣٣٩ .

أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر " ، وغير هذا من الأحاديث التى تدور حول هذا المعنى ٠

وأما الرأى الذى يشترط الخلطة فلا يستند إلى أصل من كتاب أو سنة ، أو إجماع ، ومصلحة المدعى أقوى من دفع مفسدة المدعى عليه بابتذال الأراذل للأكابر وتحليفهم ، فقدمت الأولى على الثانية لقوتها ٠

ويمكن أن نقول : إنه إذا ثبت أن المدعى يريد ابتذال الأكابر وتحليفهم فإنه يعاقبه القاضى ، ويبقى الأصل العام وهو : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ٠

نكول المدعى عليه :

النكول فى اللغة : مصدر للفعل " نكل " ومعناه : نكص ، أى رجع عن شئ قاله ، أو عدو قاومه ، أو شهادة أراد أداءها ، أو يمين وجبت عليه ٠

والنكول نوعان : حقيقى ، وهو أن يقول : لا أحلف ، وحكمى وهو أن يمتنع عن اليمين ٠

والامتناع عن اليمين يعد نكولا حكما إذا عرف أنه ليس فى لسانه آفة تمنعه عن اليمين أو فى أذنه ما يمنع سماع كلام القاضى ٠

وقد بين العلماء أنه بامتناعه عن اليمين مرة يعد ناكلا ، لكن من المستحب للقاضى أن يعرض اليمين عليه ثلاث مرات ، ويشترط فى النكول أن يكون فى مجلس القاضى [1]٠

بعد هذا نقول : إذا نكل المدعى عليه عن اليمين ــ فى قضايا الأموال ــ بعد أن طلبها القاضى منه فما الحكم ؟

---

(١) المجانى الزهرية ، ص ٨٢ ٠

اختلف العلماء فى هذا على الصورة الآتية :

الرأى الأول : إذا لم يحلف المدعى عليه حكم القاضى عليه بنفس النكول ولا ترد اليمين على المدعى ، وذلك فى قضايا الأموال .

وهذا الرأى ما اختاره فقهاء الحنابلة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

الرأى الثانى : إذا نكل المدعى عليه لا يقضى القاضى عليه بالنكول ، بل ترد اليمين على المدعى ، فإن حلف المدعى قضى له القاضى ، فيستحق المدعى به بيمينه ، لا بنكول خصمه ، وإن لم يحلف المدعى صرفهما القاضى .

وهذا مذهب الشافعى ، ومالك وصوبه أحمد ، وبه قال الأوزعى ، وشريح وابن سيرين ، وهو مروى عن ابن عمر ، وعلى ، والمقداد بن الأسود ، وأبى بن كعب ، وزيد بن ثابت ، رضى الله عنهم .

الرأى الثالث : لا يقضى بالنكول ، ولا بالرد ، ولكن يحبس المدعى عليه حتى يجيب إما بإقراره ، او إنكار يحلف معه .

وهذا قول فى مذهب أحمد ، وأحد رأيين لفقهاء الشافعية ، وقول ابن أبى ليلى .

أدلة الآراء :

أدلة الرأى الأول :

استدل للرأى الأول القائل بأنه إذا نكل المدعى عليه حكم القاضى بنفس النكول ، بالأدلة الآتية :

أولا : ما رواه أبو عبيد بسنده عن سالم بن عبد الله " أن أباه — عبد الله بن عمر — باع عبدا له بثمانمائة درهم بالبراءة ، (أي من العيوب) ، ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان ، فقال عثمان لابن عمر : احلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، فرد عليه العبد " .

ثانيا : قول النبي ﷺ : " اليمين على المدعى عليه " فاليمين محصورة في جانب المدعى عليه ، فلم تشرع لغيره .

أدلة الرأي الثاني :

أما الرأي الثاني القائل بأنه لا يقضى بالنكول بل ترد اليمين على المدعي ، فإن حلف قضي له ، وإلا صرفهما ، فقد استدل له بما يأتي :

أولا : ما رواه الدار قطني من حديث نافع عن ابن عمر " أن رسول الله ﷺ رد اليمين على طالب الحق " .

ثانيا : ما روى أن المقداد اقترض من عثمان مالا ، فقال عثمان : هو سبعة آلاف ، وقال المقداد : هو أربعة آلاف ، فقال المقداد لعثمان : أحلف أنه سبعة آلاف ، فقال له عمر : أنصفك ، فأبى أن يحلف فقال عمر : خذ ما أعطاك .

ثالثا : ما رواه البيهقي عن علي قال : " اليمين مع الشاهد ، فإن لم تكن له بينة فاليمين على المدعى عليه ، إذا كان قد خالطه ، فإن نكل حلف المدعي " .

رابعا : ما روى عن سالم بن غيلان التجيبي ، أن رسول الله ﷺ قال : " من كانت له طلبة عند أحد ، فعليه البينة ، والمطلوب أولى باليمين ، فإن نكل حلف الطالب وأخذ " .

لكن أجيب عن هذا الحديث بأنه مرسل [1].

خامسا : أن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد ، فقد روى مسلم في صحيحه من حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس : " أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين " قال عمرو : في الأموال ٠

فلم يكتف في جانب المدعي بالشاهد الواحد بل أتى باليمين تقوية لشاهده ، وإذا كان شاهد المدعي قد قوي باليمين فإن نكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعي ، فهو أولى بأن يقوى بيمين الطالب ، لأن النكول ليس بينة من المدعى عليه ، ولا إقرارا ، وهو حجة ضعيفة ، فلم يقو على الاستقلال بالحكم ، فإذا حلف معها المدعي قوي جانبه ، فاجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعي ، فقاما مقام الشاهدين ، أو الشاهد ، أو الشاهد واليمين ٠

قالوا : ولهذا لم يحكم على المرأة في اللعان بمجرد نكولها دون يمين الزوج ، فإذا حلف الزوج ، ونكلت عن اليمين حكم عليها ، إما

---

(١) الحديث المرسل : ما سقط منه الصحابي ، بأن يروي التابعي مباشرة عن رسول الله ﷺ ، فيقول الحسن البصري – مثلا وهو تابعي – قال رسول الله ﷺ ، وهو أحد أنواع الأحاديث الضعيفة عند جمهور أهل الحديث ، وأما الفقهاء فبعضهم يرى جواز الاحتجاج به كأبي حنيفة ، وكذلك مالك وأحمد في المشهور عنهما ، وبعضهم كالشافعي يرى أنه لا يصح الاحتجاج بالمرسل إلا مرسل سعيد بن المسيب ، وأما ما عداه من المرسل فلابد من تحقق الشروط الآتية :
الشرط الأول : أن يكون الراوي من كبار التابعين ٠
الشرط الثاني : أن يكون ممن يروي عن الثقات دائما ، إذا سمى من روى عنه لم يسم مجهولا ، ولا مرغوبا عن الرواية عنه ٠
الشرط الثالث : أن يكون هذا التابعي ممن يوافق الحفاظ في أحاديثهم إذا شاركهم ، لا يخالفهم إلا بنقص لفظ من ألفاظهم التي لا يختل بها المعنى ٠
الشهاوي في مصطلح الحديث ، ص ٣٠ ٠

بالحبس حتى تقر بالزنا أو تلاعن كما يقول أحمد وأبو حنيفة ، وإما بالحد كما يقول مالك والشافعى .

دليل الرأى الثالث :

وأما الرأى الثالث القائل بأنه لا يقضى بالنكول ولا بالرد ، ولكن يحبس المدعى عليه حتى يجيب بإقرار أو إنكار يحلف معه ، فقد احتج له بأن المدعى عليه قد وجب عليه أحد الأمرين : إما الإقرار ، وإما الإنكار ، فإذا امتنع من أداء الواجب عليه عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه ، قالوا : وكل من عليه حق فامتنع عن أدائه فهذا سبيله .

وأما الآخرون فقد فرقوا بين الموضعين وقالوا : لو ترك المدعى ونكوله لأدى هذا إلى أن تضيع حقوق ، لأن المدعى عليه من الممكن أن يصبر على الحبس ، فإذا نكل عن اليمين ضعف جانب البراءة الأصلية فيه وقوى جانب المدعى فقوى باليمين [1].

إذا نكل المدعى أيضا :

بينا فيما سبق أن بعض العلماء يرى أنه إذا نكل المدعى عليه أن اليمين ترد على المدعى ، فإن حلف قضى القاضى له ، والسؤال الآن ما هو الحكم ــ على هذا الرأى ــ لو نكل المدعى أيضا عن اليمين ؟ أجاب أصحاب هذا الرأى بأنه لو نكل المدعى أيضا صرفهما القاضى [2].

---

(1) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، لابن قيم الجوزية ، ص ١٣٧ ، المؤسسة العربية للطباعة والنشر ، والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسى ،ج ١١ ، ص ٤٢٧ ، وتكملة فتح القدير لشمس الدين أحمد بن المعروف بقاضى زاده ، جـ ٨ ، ص ١٧٦ .

(2) الشرح الكبير ، لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة ، جـ ١١ ، ص ٤٢٨ .

يكفى فى اليمين الحلف بالله ، أو صفة من صفاته :

إذا اقتصر القاضى على الأحلاف بالله تعالى كان هذا كافيا قال ﷺ: " من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر " ، وكذلك لو كان اليمين بصفة من صفاته عز وجل كقول الحالف : وعزة الله ، وعظمة الله ، كان هذا كافيا .

وشدد بعض فقهاء الشافعية فقال : بأنه لابد من أن يغلظ اليمين بذكر أوصاف الله عز وجل ، كأن يقول مثلا : والله الذى لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور .

وقالوا فى التعليل لهذا : ليخرج بها من عادة الناس فى معهود أيمانهم مما يكثرونه فى كلامهم من لغو اليمين ، لكن يرى البعض الآخر : أن التغليظ مستحب وليس بلازم .

وفى الفقه الحنفى نجد بعض فقهائه يبينون أن اليمين يكفى فيها الحلف بالله تعالى ، وللقاضى أن يغلظ اليمين إن شاء ، لأن أحوال الناس شتى ، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ، ويتجاسر عند عدمه ، فيغلظ له اليمين لعله يمتنع بذلك .

وقيل : لا تغلظ اليمين على الذى عرف بالصلاح ، وتغلظ على غيره ، وقيل : تغلظ على الخطير من المال دون الحقير [١].

تغليظ الحلف بالمكان والزمان :

العلماء مختلفون فى تغليظ الحلف بالمكان والزمان هل يجوز للحاكم أم لا ؟ على أربعة آراء :

---

(١) المجانى الزهرية ، ص ٨١ .

الرأى الأول : ما يراه جمهور العلماء وهو وجوب التغليظ فى الزمان والمكان ، وعندهم أن التغليظ على الحالف إذا كان فى المدينة أن يكون الحلف على المنبر ، وإذا كان الحلف فى مكة فالتغليظ عليه أن يحلف بين الركن والمقام ، وأما فى غير مكة والمدينة فالتغليظ يكون فيها المسجد الجامع .

هذا ما يختص بالتغليظ بالمكان عند الجمهور ، وأما التغليظ فى الزمان فكأنهم يقولون ينظر إلى الأوقات الفاضلة ، مثل بعد العصر ، وليلة الجمعة ، ويومها وما ماثل هذا .

الرأى الثانى : لا تغليظ فى الزمان ولا فى المكان ، وهذا ما يراه الحنفية والحنابلة والهادوية من فقهاء الزيدية ، قال أصحاب هذا الرأى : ولا يجب على الحالف أن يجيب الحاكم إلى ذلك .

الرأى الثالث : تغليظ الحلف بالمكان والزمان مستحب وليس واجبا ، وهو ما يراه بعض العلماء .

الرأى الرابع : أن هذا متروك للحاكم واجتهاده ، فإذا رأى أن التغليظ بالزمان أو المكان حسن ألزم الشخص به ، وإلا تركه .

ما استدل به الجمهور :

استدل الجمهور بما يأتى :

أولا : ما رواه جابر ﷺ أن النبى ﷺ قال : " من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار " رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائى وصححه ابن حبان .

ثانيا : ما روى أن عمر ، وعثمان ، وابن عباس ، وغيرهم من السلف فعلوا ذلك .

ثالثا : استدلوا للتغليظ بالزمن بقوله تبارك تعالى : ﴿ **يـــا أيـــها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنـــان ذوا عدل منكم أو آخران من غـــيركم إن أنتـــم ضربتـــم فـــى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بـــالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنـــا إذا لمن الآثمين** ﴾ (١) قال المفسرون : هى صلاة العصر .

ما استدل به الحنفية ومن معهم :

استدل الحنفية ومن وافقهم بإطلاق أحاديث : " اليمين على المدعـى عليه " وبقوله ﷺ " شاهداك أو يمينه " (٢).

هذا ، ولم أطلع على دليل للرأيين الثالث والرابع .

الكافر يحلف أيضا :

بين العلماء أن الكافر يحلف أيضا ، وهذا يدل على عظم اليميـن ، وعظم الجرم عند الحنث فيها ، يقول الصنعانى أحد كبار علماء الحديث والفقه عن اليمين : " ويعظم شأنها ، فإنها إشهاد لله سبحانه أن الحقيقـة كما يقول ، ولو كان الأمر على خلاف الدعوى لكان مفتريا على الله أنه يعلم صدقه ، فلما كانت بهذه المنزلة العظيمة هابـها المؤمـن بإيمانـه وعظمة شأن الله عنده أن يحلف كاذبا ، وهابها الفاجر لما يـــراه مـن تعجيل عقوبة الله لمن حلف يمينا فاجرة "(٣) أ.هـ

فليحذر المسلمون الذين يتجرأون على الحنث بالأيمان أن يصيبـهم غضب الله تعالى ، والأصل فى هذا ما روى أن رسول الله ﷺ ، حلّف ابن صوريا ، اليهودى على حكم الزنا فى التـوراة ، فقـال لـه ﷺ : "أنشدك الله الذى أنزل التوراة على موسى " .

---

(١) سورة المائدة ١٠٦ .

(٢) أدب القضاء لابن أبى الدم ، جـ ١ ، ص ٥٥٤ ، تحقيق ودراسة الدكتور / محيـى هلال السرحان .

(٣) سبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٣١ .

تغليظ اليمين على غير المسلمين :

وتغليظ اليمين على اليهودى ـ كما قال العلماء ـ أن يحلفه القاضى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق ، وتغليظها على النصرانى بأن يحلفه بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى ، وتغليظها على المجوسى والوثنى بأن يحلفه بالله الذى خلقه وصوره ٠

هل يحلف القاضى من لا يعتقد بوجود الله تعالى :

بين العلماء أن القاضى يحلف الدهرى أيضا وهو من لا يعتقد خالقا ولا معبودا ، كالشيوعيين ، فيحلفه بالله الخالق الرازق ، وأجابوا على سؤال يمكن أن يثار هنا ، وهو أن الدهرى لا ينزجر باليمين فما فائدة تحليفه ؟ قالوا : إن فى تحليفه فائدتين :

إحداهما : إجراء حكم المسلمين عليهم ، فالله تبارك وتعالى يقول : **﴿ وأن احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾** (١) .

الثانية : أن يزداد بهذا اليمين إثما ، ويدركه شؤمها ، فربما يتعجل بها انتقام الله عز وجل (٢) ، وقد روى أن رسول الله ﷺ قال : " يمين الغموس تدع الديار بلاقع " (٣) ٠ وهو حديث رواه أبو حنيفة من حديث أبى هريرة ، ولفظه " تذر " بدل " تدع " ٠ وأخرجه أبو داود ، والبيهقى وقالا عنه : إنه مشهور بالإرسال ، ورواه عبد الرزاق مرسلا ، ومعضلا (٤).

---

(١) سورة المائدة ٤٩ ٠

(٢) سبل السلام جـ ١ ، ص ٥٤٨ ٠

(٣) البلقع والبلقعة : الأرض الفقر التى لا شئ عليها ٠

(٤) المقدمة السلطانية فى السياسة الشرعية ، لطوغان شيخ المحمدى الأحمدى من علماء الحنفية فى القرن التاسع الهجرى ، وهى موضوع رسالة ماجستير مقدمة من ==

تعتبر في اليمين نية القاضى :

قال العلماء إن نية القاضى المستحلف للخصم هى التـــى تعتـــبر ، سواء أكان الخصم موافقا للقاضى فى مذهبه أم لا ، لحديث : " اليميـــن على نية المستحلف • وفى رواية أخـــرى أن رســـول الله ﷺ قـــال : "ويمينك على ما يصدقك به صاحبك " ، رواه الإمام مســـلم [1]، فـــهذا دليل على أن اليمين على نية الذى يقوم بالتحليف ، ولا ينفع فيها نيـــة الحالف إذا كان ينوى بها نية أخرى تخالف ما أظهره [2] •

والمعنى فى هذا : أنه لو كانت نية الحالف هى المعتبرة لأدى ذلـك إلى بطلان فائدة الأيمان وضاعت الحقوق ، لأن كل واحد يحلف علـــى ما يقصده هو ما لا يقصده القاضى ، فلو ادعى مثلا حنفى على شـــافعى شفعة الجوار ــ والقاضى يعتقد أن للجار حق الشفعة كما هو مذهـــب

== يوسف صديق إسماعيل ، إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، مكتوبة بالآلـــة الكاتبة ، ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ومعنى الحديث المرسل ، ما سقط منه الصحابى بـــأن يرفعه التابعى إلى رسول الله ﷺ ، بأن يقول التابعى كالحسن البصرى مثلا : قـال رسول الله ﷺ وجمهور المحدثين يرون أن المرسل من أنواع الأحاديث الضعيفة ، وأما الفقهاء فبعضهم يوافق جمهور علماء الحديث كالإمام الشافعى ، وكثـــير مـــن الفقهاء والأصوليين ، وبعضهم يحتج بالحديث المرسل كالإمام أبى حنيفة ، والإمـــام مالك ، وقول عن الإمام أحمد ، وبعض أهل العلم •

وأما الحديث المعضل فهو : ما سقط من رواته راويان أو أكثر سواء كان السـقوط حقيقيا أم حكميا ، والسقوط الحقيقى كإرسال تابع التابعى وكأن يقول بعض المؤلفيـن فى الفقه الإسلامى فى القرن الثانى الهجرى وما بعده ، قال رسول الله ﷺ ، وذلك لأنه يوجد روايان فأكثر بين هؤلاء المؤلفين ورســـول الله ﷺ ، وأمـــا الســـقوط الحكمى فيتحقق بوجود راويين مبهمين متواليين • انظر المختصر الوجيز فى علوم الحديث للدكتور / محمد عجاج الخطيب ، ص ١٥١ ، ١٥٢ مؤسسة الرسالة •

(١) سبل السلام ، للصنعانى ، جـــ ٤ ، ص ١٠٢ •

(٢) سبل السلام ، جـــ ٤ ، ص ١٠٢ •

الحنفية ــ فليس للمدعى عليه أن يحلف على أنه غير مستحق لها عملا باعتقاده ، هو ، لأنه شافعى ، والشافعية يرون أن الشفعة للشريك فقط لا للجار ، بل يجب عليه اتباع القاضى .

وعلى فهذا فلو ورى الحالف فى يمينه بأن قصد خلاف ظاهر اللفظ عند تحليفه ، كقوله والله لا يستحق على دينارا ولا درهما ولا أقل من ذلك ولا أكثر ، وكان يقصد دينارا ودرهما لدولة أخرى غير الدولة التى تعاملا بدنانيرها أو دراهمها ، أو تأول بأن اعتقد خلاف نية القاضى كحنفى حلف شافعيا على شفعة الجوار ، فخلف الشافعى أنه لا يستحقها عليه ، فإن ذلك لا يدفع إثم اليمين الفاجرة ، لأن اليمين إنما شرعت لكى يهاب الخصم الإقدام عليها خوفا من الله تبارك وتعالى ، فلو صح تأويله لأدى ذلك إلى بطلان هذه الفائدة ، لأن كل شئ قابل للتأويل فى اللغة . وبين العلماء أن إثم الحالف إذا فعل هذا مقيد بأمرين :

الأمر الأول : أن يكون الحلف بالله تعالى فإن كان القاضى قد حلفه بالطلاق أو العتاق ، لحلف وورى نفعته التورية ، وإن كانت حراما لأنه يبطل بها حق المستحق ، لأن القاضى ليس له حق التحليف بالطلاق والعتاق كما يرى ذلك النووى من فقهاء الشافعية المشهورين والمحدثين .

الأمر الثانى : أن لا يكون خصمه ظالما فى نفس الأمر ، ومثل العلماء لهذا بما لو كان عنده وديعة لإنسان ، فأراد ظالم أخذ هذه الوديعة منه ، فأنكر أن عنده وديعة ، فإن اكتفى الظالم بيمينه قال العلماء فليحلف ولا إثم عليه (١).

---

(١) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٧٥ .

لا يستحلف القاضى أحدا بالطلاق :

قال الماوردى أحد كبار فقهاء الشافعية وغيره : إنه لا يجوز للقاضى أن يحلف أحدا بطلاق ، أو عتق ، أو نذر ، وقال الشافعى ﷺ : ومتى بلغ الإمام (رئيس الدولة) أن قاضيا يستحلف الناس بطلاق ، أو عتق ، أو نذر عزله عن الحكم ، لأنه جاهل ، وقال ابن عبد البر : لا أعلم أحدا من أهل العلم يرى الاستحلاف بذلك [1].

فوائد اليمين :

لليمين عدة فوائد ، منها :

١ ـ تخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب ، فيحمله ذلك على الإقرار بالحق •

٢ ـ القضاء عليه إذا نكل عنها •

٣ ـ انقطاع الخصومة والمطالبة فى الحال ، وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر •

اليمين لا تسقط الحق :

ولكن اليمين لا تسقط الحق ، ولا تبرئ الذمة ، لا باطنا ولا ظاهرا ، أى لا بينه وبين الله تبارك وتعالى ، ولا أمام القضاء ، لما رواه أبو داود والنسائى ، والحاكم عن ابن عباس " أن النبى ﷺ أمر رجلا بعدما حلف بالخروج من حق صاحبه " كأنه ﷺ علم كذبه ، فلو أقام المدعى بينة بعد حلف المدعى عليه سمعت وقضى القاضى بها لقوله ﷺ : " البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة " رواه البخارى •

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ، جـ ٣ ، ص ٤٢٧ •

٤ ــ إثبات الحق بها إذا ردت على المدعى ، أو أقام شاهدا واحدا كما يرى ذلك بعض العلماء ·

٥ ــ تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق فى الدنيا ، فإن اليمين الغموس تدع الديار بلاقع (١) ، فيشتفى المظلوم بذلك عوض ما ظلمه بإضاعة حقه (٢).

ما يصح الاستحلاف فيه وما لا يصح :

تنقسم الحقوق إلى قسمين :

القسم الأول : حقوق الله تعالى ·

القسم الثانى : حقوق الآدميين ·

وتنقسم حقوق الله تعالى إلى قسمين :

أحدهما : الحدود ، أى العقوبات المقدرة حقا لله تعالى ، وهذا القسم لا تشرع فيه اليمين ، قال ابن قدامة ، لا نعلم فى هذا خلافا ، لأن المطلوب فى الحدود الستر ، والتعريض لمن أقر بها لكى يرجع عن إقراره ، كما عرض رسول الله ﷺ لماعز عندما جاءه واعترف بالزنا ، فيكون عدم الاستحلاف فيها أولى ·

أى أنه إذا كان من الجائز صحة رجوع المقر عن إقراره فى الحدود ، فيكون أولى عدم استحلاف من لم يقم عليه بينة ولم يحصل منه إقرار ·

---

(١) فى مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى : " البلقع ، والبلقعة : الأرض القفر التى لا شئ فيها ، يقال اليمين الفاجرة تذر الديار بلاقع ، قلت : هو حديث عن رسول الله ﷺ " أ·هـ مختار الصحاح ·

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ١٣٣ ، ومغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٧٧ ·

القسم الثاني : الحقوق المالية ، كدعوى الزكاة على رب المـــال ، وأن الحول قد تم وكمل النصاب ، ففي هذه اختلف العلماء ، فيرى أحمد ابن حنبل أن القول قول رب المال من غير يمين ، ولا يستحلف النـــاس على صدقاتهم ، لأنها حق الله فأشبهت الحدود ، ولأن ذلك عبـــادة فـــلا يستحلف عليها كالصلاة ٠

ويرى الشافعية ، وأبو يوسف ، ومحمد اســـتحلاف رب المـــال ، لأنها دعوى مسموعة أشبه بحق الآدمي ، وبمـــا أن حقـــوق الآدميـــن يجري فيها الاستحلاف فكذلك الزكاة ٠

إذا تضمنت الدعوى في الحدود حقا لآدمي :

وبين العلماء أن الدعوى في الحدود إذا تضمنت حقا للآدمي ، كمـــا لو ادعى عليه سرقة ماله ليضمن السارق أن يأخذ منه ما ســـرقه ، أو ادعى عليه الزنا بجاريته ليأخذ منه مـــهرها ، فـــإن الدعـــوى تســـمع ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى ٠

فإذا ادعى على شخص سرقة مال ، ولا توجد بينة ، فإن القـــاضي يوجه اليمين إلى المتهم بالسرقة فإذا لم يحلف ثبت عليه المال المسروق صيانة لحق الإنسان ، ولم يثبت حد السرقة ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات وهي أيضا مبنية على الستر ٠

وكذلك لو ادعى على شخص أنه زنا بجارية ولا توجد بينة ، فـــإن القاضي يطالبه باليمين ، فإذا امتنع من اليمين ألزمـــه القـــاضي بمـــهر الجارية ، ولم يثبت حد الزنا لدرء الحدود بالشبهات ، ولأنها مبنية على الستر كما بينا ٠

أقسام حقوق الآدميين :

وتنقسم حدود الآدمى أيضا إلى قسمين :

أحدهما : ما هو مال ، أو المقصود منه المال ، وهذا القسم تشرع فيه اليمين باتفاق العلماء ، فإذا لم يكن مع المدعى بينة حلف المدّعى عليه وبرئ ، لعموم قول النبى ﷺ : " ولكن اليمين على المدعى عليه " وقد ثبت هذا فى قصة الحضرمى والكندى اللذين اختلفا فى الأرض .

القسم الثانى : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين رجلين ، كالقصاص ، وحد القذف ، والزواج ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق والنسب ، والاستيلاد [1] ، والولاء [2] ، والرق ، وهذا القسم مختلف فيه على رأيين :

الرأى الأول : يرى مالك أن المدعى عليه فى هذا القسم من الحقوق لا يستحلف ، ولا تعرض عليه اليمين ، وهذا ما يراه أحمد أيضا فى روايتين عنه ، قال أحمد : لم أسمع من مضى جوزوا الأيمان إلا فى الأموال والعروض خاصة ، ونحوه قاله أبو حنيفة ، فقد نقل عنه قوله : لا يستحلف فى النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة ، والفيئة فى الإيلاء ، ولا فى الرق وما يتعلق به من الاستيلاد ، والولاء ، والنسب .

---

(١) معنى الاستيلاد أى اتخاذ الجارية أم ولد ، فمن المعلوم أن السيد يجوز له أن يستمتع بجاريته استمتاعا جنسيا ، فإذا حملت وولدت تسمى فى العرف الإسلامى حينئذ أم ولد ، وأم الولد لا يجوز بيعها ولا هبتها ، وإنما تصير حرة هى وأولادها بعد وفاة سيدها .

(٢) إذا عتق السيد عبده أو جاريته تنشأ علاقة جديدة بينهما تسمى الولاء وبمقتضى هذا الولاء يحق للسيد أن يرث عبده أو جاريته إذا لم يكن له ورثة من أقاربه ، أو له ورثة لا يستوعبون التركة كلها .

وقد علل لهذا الرأى بما يأتى :

أولا : هذه الأشياء لا يدخلها البدل ، واليمين إنما تكون فيما يدخله البدل ، فإن المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم .

ثانيا : هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين رجلين ، فلا تصح فيها اليمين كالحدود .

الرأى الثالث : يرى الشافعى ، وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة : أنه يستحلف فى كل حق لآدمى ، وهذا أيضا رأى مخرج فى فقه الحنابلة ، وتوجد رواية عن أحمد أنه يستحلف فى الطلاق ، والقصاص ، والقذف .

وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى :

أولا: ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " متفق عليه [1].

وهذا عام فى كل مدعى عليه ، وهو ظاهر فى دعوى الدماء لذكرها فى الدعوى .

ثانيا : هذه دعوى صحيحة فى حق لآدمى ، فصح أن يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال [2].

يستحب للقاضى أن يأمر الخصمين بالصلح :

قال العلماء إذا اتضح الحكم للقاضى بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح ، لأن ذلك يقلل ما فى نفسيهما من العداوة ، فإذا لم يرضيا بالصلح لزمه أن يحكم بينهما [3].

---

(1) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١٣٢ .

(2) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٣٧ ـ ٢٣٩ ، ص ٢٧٢ .

(3) المهذب للشيرازى ، جـ ٢ ، ص ٣٠٥ .

الفصل الثالث
وسائل الإثبات

ويشتمل على ما يأتى :

١ ــ الإقرار .

٢ ــ البينة .

٣ ــ نكول المدعى عليه عن اليمين .

٤ ــ يمين المدعى مع الشاهد .

٥ ــ يمين المدعى إذا نكل المدعى عليه .

٦ ــ القسامة .

٧ ــ القافة .

٨ ــ القرينة القاطعة .

٩ ــ القرعة .

١٠ ــ قضاء القاضى بعلمه ، وبخلاف علمه .

١١ ــ هل يجوز استيفاء الحق بدون قضاء .

وسائل الإثبات المتعددة :

وسائل الإثبات متعددة ، بعضها متفق عليه بين العلماء ، وبعضها مختلف فيه ، وسنتكلم ــ إن شاء الله تعالى ــ عن هذه الوسائل ، مبنيين آراء العلماء فى الوسائل المختلف فيها ، وما تستند إليه ، ونرجح ما نراه مستحقا للترجيح إن ظهر لنا وجه للترجيح .

هل وسائل الإثبات محصورة فى عدد معين ؟

وقبل أن نتكلم عن هذه الوسائل نحب أن نبين أن بعض العلماء يحصر طرق القضاء ، أى الأدلة المثبتة للدعوى أو الحجج الشرعية فى عدد معين وهم جمهور العلماء ، والبعض الآخر ــ كابن القيم ــ يرى : أن أدلة إثبات الدعوى ليست محصورة فى عدد معين .

ومع أن الجمهور يرون أن أدلة إثبات الدعوى محصورة فإنهم مختلفون فى العدد الذى تنحصر فيه هذه الأدلة ، فبعضهم حصرها فى سبع ، وهى البينة والإقرار واليمين ، والنكول عن اليمين ، والقسامة ، وعلم القاضى ، والقرينة القاطعة ، وأدرجوا فيها القيافة ومنهم من حصرها فى ست ، وهى البينة ، والإقرار ، واليمين والنكول عن اليمين ، والقسامة ، وعلم القاضى ، ولا يرى هذا البعض أن القرينة تعد وسيلة من وسائل الإثبات ، نظرا لما فيها من احتمال عدم الدلالة .

ومن العلماء من حصرها فى ثلاث : وهى البينة ، واليمين ، والنكول عن اليمين ، ولم يعدوا الإقرار فى الأدلة المثبتة للدعوى ، ملاحظين أن الإقرار موجب للحق نفسه ، وليس طريقا للحكم ، لأن الحكم فصل الخصومة ، ولا توجد خصومة مع وجود الإقرار ، وكذلك لم يعدوا القسامة طريقا بين طرق القضاء أى دليلا مثبتا للدعوى ، لأنها تدخل فى

اليمين لأن القسامة ما هى إلا أيمان كما سيتبين بعد ذلك فيما سيأتى عند الكلام عنها ، ولم يعدوا كذلك علم القاضى ترجيحا لسمعته ، ونفيا للتهمة عنه ، التى يمكن أن تلحق به إذا حكم فى إحدى القضايا بعلمه ، وكذلك لم يعدوا القرائن لما فيها من احتمال عدم الدلالة ٠

ومن العلماء من عدها خمسة عشر ومنهم من عدها سبعة عشر ٠

<u>أصحاب الرأى المقابل للجمهور :</u>

وأما أصحاب الرأى المقابل لرأى الجمهور فمن أشهرهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، فهؤلاء لا يرون انحصار طرق القضاء فى عدد معين ، فكل أمر يترجح عند القاضى أنه دليل على إثبات الحق يعد طريقا من طرق الحكم وعليه أن يحكم به ٠ يقول ابن القيم : " إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم وجه الله ودينه ، فأى طريق استخرج به العدل والقسط فهو من الدين وليس مخالفا له " [1] وإليك بيانا للوسائل التى نراها مثبتة للحقوق ٠

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٦ ، وتبصرة الحكام جـ ١ ، ص ٢٠٤ ، ومحاضرات فى علم القاضى ، والقرائن والنكول عن اليمين والقيافة لأستاذنا الدكتور / عبد العال عطوة ، ص ١ ، ٢ مكتوبة بالآلة الكاتبة ٠

الوسيلة الأولى : الإقرار

الإقرار أقوى وسائل الإثبات :

الإقرار من أقوى وسائل الإثبات وأشدها ، وهو أقوى من البينة " الشهود " كما قرر العلماء ، لأن القضاء يستند فى البينة إلى ظن ، وإذا كان القضاء يستند إلى الظن فأن يستند إلى العلم من باب أولى ، لأن الحكم بالإقرار مقطوع به ، والحكم بالبينة مظنون .

وأيضا فإن الإقرار خبر صادق ، أو صدقه راجح على كذبه ، لأن تهمة الكذب منتفية عن المقر [1] . ولا غرو أن يقال : الإقرار أو الاعتراف سيد الأدلة ، ولهذا قدمته على ما عداه .

<u>معنى الإقرار :</u>

الإقرار فى الأصل مصدر للفعل " أقر " ومعناه فى اللغة : " الإثبات ، وأما معناه فى الشرع فهو : " إخبار الشخص بحق عليه " .

الإقرار له ثلاثة معان :

ويسمى اعترافا أيضا فى اللغة ، والشرع ، وعلى هذا فيمكن أن يقال إن الإقرار له ثلاثة معان :

١ ــ لغوى فقط وهو : الإثبات .

٢ ــ شرعى فقط وهو : إخبار الشخص بحق عليه .

٣ ــ شرعى ولغوى وهو الاعتراف [2].

---

(١) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، مبحث الإقرار ، ص ٢٠١ ، مطابع الشعب .

(٢) حاشية قرة عيون الأخيار : " تكملة حاشية ابن عابدين " لمحمد علاء نجل ابن عابدين جـ ٨ ، ص ٩٥ .

الفرق بين الإقرار والشهادة والدعوى :

والفرق بين الإقرار والشهادة والدعوى ــ كما بينا ذلك عند الكلام عن الدعوى ــ أن الإقرار : إخبار بحق على المقر ، والشهادة : إخبار بحق للغير على الغير ، والدعوى : إخبار بحق له على غيره .

الحال في الأمور العامة :

وهذا كله في الأمور الخاصة ، وأما الأمور العامة ، أي التي تقتضي أمرا عاما لكل أحد ، فيرى بعض العلماء أنه إما أن يكون الإخبار فيها عن محسوس أو عن أمر شرعي .

فإن كان الإخبار فيها ، عن محسوس ، كإخبار الصحابي ــ مثلا ــ أن النبي ﷺ قال : " إنما الأعمال بالنيات " ، فإن هذا يسمى رواية .

وأما إن كان الأخبار فيها عن أمر شرعي فإما أن يكون فيه إلزام أم لا ، فإن كان إخبارا عن أمر شرعي ، وفيه إلزام فهذا يسمى حكما أو قضاء ، وإن كان إخبارا عن أمر شرعي ، وليس فيه إلزام فهذا يسمى فتوى .

وعلى هذا تكون الأقسام ستة :

١ ــ إقرار .

٢ ــ شهادة .

٣ ــ دعوى .

٤ ــ رواية .

٥ ــ حكم ، أو قضاء .

٦ ــ فتوى [1].

---

(١) معين الحكام ، للطرابلسي ، ص ١٢٥ ، وقد فرق القرافي بين الرواية والشهادة ، بأن المخبر عنه إن كان أمرا عاما ، لا يختص بمعين فهذه الرواية ، وأما إن كان مختصا بمعين فهو شهادة ، مثل أن يقول العدل للقاضي : لفلان على فلان كذا من المال . كفاية الأخيار ، جـ ٢ ، ص ٢٨٤ .

ويرى **عبد الوهاب بن السبكى** : أن الخبر إذا اقتضى شرعا عاما فإن كان عن حكم شرعى فهو الفتيا ، وإن كان عن أمر محسوس ، فإن كان مما لا يتخاصم فيه الناس ، ويترافعون إلى الحكام فهو الرواية ، مثل : " ركعتان قبل الصبح خير من الدنيا وما فيها " : فإن الناس لا يترافعون إلى الحكام فى مثل هذا ، بل يستفتون العلماء فيه ، وإن كان مما يترافع الناس فيه فيحتمل رأيين والأرجح أنه شهادة [1].

أدلة اعتبار الإقرار :

قامت الأدلة من الكتاب والسنة ، وإجماع العلماء على اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل إثبات الحقوق وغيرها ·

فمن القرآن الكريم : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وليملل الذى عليه الحق** ﴾ [2] ، فقد أمره الله عز وجل بالإملال ، فلو لم يقبل إقراره لما كان للإملال معنى ، وقوله تبارك وتعالى : ﴿ **كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم** ﴾ [3] .

ومعنى : ﴿ **قوامين بالقسط** ﴾ مواظبين على العدل مجدين فى إقامته ، ومعنى ﴿ **شهداء لله ولو على أنفسكم** ﴾ ، أى تقيمون شهادتكم لوجه الله تبارك وتعالى ولو على أنفسكم بأن تقروا عليها ·

ومن السنة : أخبار ، كخبر الصحيحين أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : " يا رسول الله أنشدك [4] الله إلا قضيت لى بكتاب

---

(١) الأشباه والنظائر ، لعبد الوهاب بن السبكى ، جـ ٢ ، ص ١٦٢ ، ١٦٣ ·

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ ·

(٣) سورة النساء ١٣٥ ·

(٤) أنشدك ــ بفتح الهمزة وضم الشين ــ أسألك رافعا نشيدى أى صوتى ، قال ابن حجر العسقلانى : ضمن أنشدك معنى أذكرك فحذف الباء : أى أذكرك الله رافعا نشيدى صوتى ، سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ٣ ·

الله [1] ، فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه [2] : نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى ، فقال رسول الله ﷺ : " قل " ، قال : إن ابنى كان عسيفا [3] عند هذا فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : " والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد [4] ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد [5] يا أنيس [6] إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها " ، فغدا عليها ، فاعترفت ، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت [7].

وقد أجمع العلماء على أن الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات .

أركان الإقرار :

للإقرار أربعة أركان :

١ ـ مقر .　　　٢ ـ مقر له .

٣ ـ مقر به .　　　٤ ـ صيغة .

---

(١) قوله : " إلا قضيت لى بكتاب الله " استثناء مفرغ ، لأن المعنى : لا أنشدك إلا القضاء بكتاب الله . سبل السلام جـ ٤ ، ص ٣ .

(٢) قال الصنعانى : كأن الرواى يعرف أنه أفقه منه ، أو من كونه سأل أهل الفقه .

(٣) أى أجيرا .

(٤) أى مردودة ، ومعناه يجب ردها إليك ، والوليدة هى الجارية الصغيرة .

(٥) واغد يا أنيس أى انطلق .

(٦) صحابى مشهور ، وهو أنيس بن الضحاك الأسلمى ، والمرأة أيضا أسلمية ، وأنيس تصغير أنس قال الصنعانى : رجل من الصحابة لا ذكر له إلا فى هذا الحديث ، سبل السلام للصنعانى جـ ٤ ، ص ٣ .

(٧) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١١ ، ص ٢٠٥ ، قال الصنعانى : " واعلم أنه ﷺ لم يبعث إلى المرأة لأجل إثبات الحد عليها ، فإنه ﷺ قد أمر باستتار من أتى بفاحشة وبالستر عليه ، ونهى عن التجسس ، وإنما ذلك لأنه لما قذفت المرأة بالزنا بعث إليها ﷺ لتنكر فتطالب بحد القذف ، أو تقر بالزنا فيسقط عنه ، فكان منها الإقرار فأوجبت على نفسها الحد " سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ٤ .

شروط المقر :

اشترط العلماء فى المقر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : البلوغ ، فلا يصح إقرار الصبى ، ولو كان مراهقا أى قارب البلوغ ، لأن أقوال الصبى وأفعاله لاغية ، إلا فى العبادة من الصبى المميز ، كالصلاة والحج فإنها صحيحة .

ولا يؤخذ الصبى بعد بلوغه بشئ أقر به حال صباه إلا إذا أقر به ثانيا بعد بلوغه ، وصرح العلماء بأن الصبى لا يصح إقراره حتى لو أذن له وليه فى الإقرار .

ويرى فقهاء الحنفية أن الصبى إذا أذن له وليه فى التجارة صح إقراره بالمال ، وعللوا هذا بأنه من ضرورات التجارة ، لأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله أحد .

وقالوا : إنه يدخل فى الإذن كل ما كان طريقه التجارة ، كالدين ، والوديعة والعارية ، والمضاربة ، والغصب ، فيصح إقراره بها ، فيلحق الصبى المأذون له بالتجارة بالبالغ فى هذه الأمور ، لأن الإذن يدل على عقله ، فلو لم يكن عاقلا لما أذن له وليه ، بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية ، والكفالة ، فلا يصح إقراره بها ، لأن التجارة مبادلة المال بالمال ، والمهر مبادلة مال بغير مال ، والجناية ليست بمبادلة شئ ، والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الإذن (١).

الشرط الثانى : من شروط الإقرار : العقل ، فلا يصح الإقرار من المجنون والمغمى عليه ، والذى زال عقله بعذر ، كشرب دواء لم يكن يعلم أنه مسكر ، أو أكره على شرب الخمر .

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين ، جـ ٨ ، ص ١٠٣ .

إقرار السكران المتعدى بسكره :

واختلف العلماء فى إقرار السكران الذى تعدى بسكره على رأيين :

الرأى الأول : يرى جمهور فقهاء الشافعية أنه يصح الإقرار منه ، حتى لو كان السكر طافحاً عليه بحيث يسقط كالمغمى عليه ، مع أنه عندهم غير مكلف فى هذه الحالة ، فالإقرار منه صحيح عندهم كبقية تصرفاته له وعليه .

وقد عللوا رأيه هذا بالتغليظ عليه ، لأنه ارتكب معصية بإزالة عقله ، فجعل كأنه لم يزل [1].

الرأى الثانى : يرى فريق آخر من العلماء أنه لا يصح الإقرار من السكران ، وهذا الرأى يراه الإمام أحمد بن حنبل فى قوله الأخير ، بعد أن كان يفتى بنفوذ طلاقه ، ويراه من الحنفية الطحاوى ، والكرخى ، وحكى عن أبى يوسف ، وزفر ، ويراه من الشافعية المزنى ، وابن سريح ، وجماعة ممن اتبعهما ، واختاره الجوينى ، ويرى ابن قيم الجوزية : أن الصحيح أنه لا عبرة بأقوال السكران من طلاق ، ولا عتاق ، ولا بيع ، ولا هبة ، ولا وقف ، ولا إسلام ، ولا ردة ، ولا إقرار ، وقد استدل لهذا الرأى بعدة أدلة منها :

أولا : قول الله عز وجل : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون** ﴾ [2].

ثانيا : أمر النبى ﷺ باستنكاه [3] ما عز لما أقر بالزنا بين يديه .

---

(١) مغنى المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٢٧٩ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم مبحث الإقرار ، ص ٢٠٤ .

(٢) سورة النساء آية ٤٣ .

(٣) أى شم ريح فمه .

ثالثا : فتوى عثمان ، وابن عباس بأن السكران لا يقع طلاقه ، ولم يخالفهما أحد من الصحابة .

رابعا : القياس على من زال عقله بدواء ، أو بنج ، أو مسكر بعذر .

خامسا : السكران لا قصد له ؛ فهو أولى بعدم المؤاخذة ممن جرى اللفظ على لسانه من غير قصد له [1].

الشرط الثالث من شروط الإقرار : الاختيار ، فلا يصح إقرار المكره بما أكره عليه ، قال تبارك وتعالى : ﴿ **إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان** ﴾ [2] ، فقد جعل الله عز وجل الإكراه مسقطا لحكم الكفر فيكون ما عداه أولى .

لكن لو أقر المكره بغير ما أكره عليه فإقراره صحيح ، لأنه حينئذ غير مكره .

صورة إقرار المكره :

صورة إقرار المكره أن يسأله القاضي أو الحاكم عن المدعى به فيجيب بالنفي ، فيضرب ليقر ، فإذا أقر حينئذ فإن إقراره غير صحيح .

وأما لو سئل المدعى عليه عن المدعى به فسكت ولم يجب بشئ لا إثباتا ولا نفيا ، أى لم يقل : نعم عندى ، ولا ليس عندى ، فضرب بأمر القاضى ليصدق فى القضية ويأتى بأحد الشيئين : أى عندى ، أو ليس عندى ، فمتى أجاب بشئ ولو نفيا لم يتعرض له فإن بعض فقهاء الشافعية يرى أنه لو أقر حينئذ صح إقراره ، وعلل لهذا الرأى : بأنه حينئذ ليس مكرها ، لأن المكره من أكره على شئ واحد ، وهذا إنما ضرب لكى

---

(١) إعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، جـ ٤ ، ص ٤٧ .

(٢) سورة النحل آية ١٠٦ .

يصدق ، أى يقول الصدق ، بأن يقول : نعم عندى أو يقول : ليس عنـــدى والصدق ليس منحصرا فى الإقرار .

لكن مع هذا فإن صاحب هذا الرأى يرى كراهية إلزامه بالإقرار الذى حدث منه حتى يراجع ويقر ثانيا .

وواضح للقارئ أن فرض المسألة أن المضروب لو أجاب بنفـــى مـــا ادعى به عليه ترك وشأنه ، وهذا هو فرض المسألة ، لكن من المستبعد أن يكون ما يحدث هو هذه الصورة ، وإنما الذى يحدث عادة هو أنه يضـــرب المتهم ليقر بالحق ، ويريد من يضربونه بذلك أن يقر بما ادعـــاه خصمـــه عليه ، قال الأذرعى أحد فقهاء الشافعية : الصواب فيما لو ضـــرب ليقـــر بالحق ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه أنه إكراه ، سواء أقر فى حـــال ضربه أو بعده ، وعلم أنه لو لم يقر لضرب ثانيا .

وقد صرح بعض الفقهاء بأن الضرب فى الصورتين السابقتين حرام ، أى سواء أكان قد ضرب ليصدق فى القضية فمتى أجاب بشئ ولو نفيا لـــم يتعرض له ، أم كان قد ضرب ليقر بما ادعاه خصمه عليه ، فيحرم ضربه فى الصورتين خلافا لمن توهم من الفقهاء أنه حلال إذا ضرب ليصدق فى القضية ، كما صرح بعض العلماء بأن الضرب حرام حتى لو كان ضربـــا خفيفا [1] .

لو ادعى بعد الإقرار أنه كان مكرها :

لو أقر المدعى عليه لكنه ادعى بعد الإقرار أنه كان مكرهـــا ســـاعة الإقرار ، فإما أن يكون هناك قرينة دالة على صدقه فى دعواه الإكـــراه أم

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصـــارى ، جـــ ٣ ، ص ٤٣٠ ، وحاشـــية الباجورى على شرح ابن قاسم ، بحث الإقرار ، ص ٢٠٥ .

لا ، فإن كان هناك قرينة تدل على صدقه كما لو كان قد حبس قبل الإقرار فإنه يصدق بيمينه ، فإذا حلف على ما ادعاه من الإكراه سقط الإقـــرار ، وأما إذا لم تكن هناك قرينة تدل على صدقه فلا اعتبار بادعائه الإكراه فـي إقراره .

لو تعارض الشهود فى إكراهه واختياره :

لو شهد شهود أنه أكره فى إقراره ، وشهد آخرون أنه كان مختارا فيه قدمت شهادة من يشهد بالإكراه ، لأن الذى يشهد بالإكراه معه زيادة علم .

ما يراه ابن تيمية وابن القيم فى ضرب المتهم أو حبسه حتى يقر :

يفصل ابن تيمية ــ ويوافقه تلميذه ابن القيم [1] ــ فيبين أن الدعـــاوى قسمان ، لأنها إما أن تكون دعوى تهمة أو دعوى غير تهمـــة ، ودعـــوى التهمة هى دعوى الجناية والأفعال المحرمة التى توجب عقوبة فاعلــــها ، مثل دعوى القتل وقطع الطريق ، والسرقة والقذف ، والعدوان على النـاس بالضرب ، وبغير ذلك من العدوان الذى يتعذر إقامة البينة عليه فى غــالب الأوقات فى العادة .

ودعوى غير التهمة هى أن يدعى دعوى عقد ، كعقد بيع ، أو رهن ، أو ضمان أو يدعى دعوى لا يكون فيها سبب فعل محرم ، مثل دين ثــابت فى الذمة ، كثمن بيع أو قرض ، أو مهر ، أو دية قتل خطأ ، أو غير ذلك ، فدعوى غير التهمة ــ إذن ــ تشمل نوعين هما : دعوى العقد ، ودعوى فعل غير محرم .

---

(١) مجموع فتاوى بن تيمية ، المجلد الخامس والثلاثون ، ص ٣٨٩ ، وما بعدها ، تصويــر الطبعة الأولى سنة ١٦٩٨ هـ ، والطرق الحكميـــة لابـــن القيـــم ، ص ١٠٨ ، ومـــا بعدها .

فإذا كانت الدعوى غير تهمة بنوعيها اللذين بيناهما : وهما دعوى العقد ، ودعوى فعل غير محرم ، فإن الحكم فى ذلك هو أنه إذا أقام المدعى الحجة الشرعية ثبتت الدعوى على المدعى عليه ، وإلا فالقول قول المدعى عليه مع يمينه إذا لم يأت المدعى بحجة شرعية وهى البينة .

وقد ثبت أن النبى ﷺ طلب البينة من المدعى واليمين من المدعى عليه فى حكومات معينة ليست من جنس دعاوى التهم ، روى البخارى ومسلم عن الأشعث بن قيس أنه قال : كانت بينى وبين رجل حكومة فى بئر ، فاختصمنا إلى النبى ﷺ فقال : " شاهداك أو يمينه " فقلت : إذن يحلف ، ولا يبالى [1] ، فقال : من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان " وفى رواية فقال : " بينتك أنها بئرك وإلا فيمينه " .

وروى مسلم والترمذى عن وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة ، إلى النبى ﷺ ، فقال الحضرمى : يا رسول الله إن هذا قد غلبنى على أرض كانت لأبى ، فقال الكندى : هى أرضى وبيدى أزرعها ليس له فيها حق ، فقال رسول الله ﷺ للحضرمى : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه ، فقال يا رسول الله : الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه ، فليس يتورع من شئ ، فقال : " ليس لك منه إلا ذلك " .

وأما دعاوى التهم فينقسم المدعى عليه بالنسبة إليها إلى ثلاثة أقسام : لأن المتهم إما أن يكون بريئا ليس من أهل تلك التهمة ، كما لو كان رجلا صالحا مشهورا مشهودا له بالاستقامة ، او يكون فاجرا من أهل تلك التهمة أو يكون مجهول الحال لا يعرف الحاكم حاله .

---

(١) كان خصم الأشعث يهوديا .

إن كان بريئا ليس من أهل تلك التهمة :

فإن كان المتهم بريئا ليس من أهل تلك التهمة فباتفاق العلماء لا يجوز عقوبته لا بضرب ولا بحبس ، ولا بغيرهما .

فإذا وجد فى يد رجل مشهود له بالعدالة مال مسروق ، وقال هذا الرجل العدل : ابتعته من السوق ، لا أدرى من باعه ، فلا عقوبة على هذا العدل باتفاق العلماء ، ثم قال فقهاء المالكية وغيرهم : يحلف المستحق أنه ملكه ما خرج عن ملكه ويأخذه ، وقرر هؤلاء أنه لا تطلب اليمين من هذا العدل .

ولكن هل يعاقب الذى اتهم هذا الرجل المشهود له بالعدالة والاستقامة أم لا ؟

يرى مالك وبعض فقهاء مذهبه : أنه لا أدب على المدعى إلا إذا ثبت أنه قصد أذيته وعيبه وشتمه ، فيؤدب ، وأما إذا كان ذلك طلبا لحقه فلا يؤدب ، وقال بعض آخر من فقهاء مذهبه : يؤدب سواء قصد أذيته أو لم يقصد ، وقد صرح ابن فرحون : أن هذا الرأى هو الصحيح عنده ، وعلل ذلك بأنه يؤدى إلى صيانة البرآء من تسلط أهل الشر والعدوان على أعراض البرآء ، والرأى المقابل للصحيح هو أن المتهم لا عقوبة عليه [1].

ويرى الطرابلسى – أحد فقهاء الحنفية – : أن المتهم له بذلك يعاقب لنفس العلة وهى صيانة لسلطة أهل الشر والعدوان على أعراض البرآء الصلحاء ، ونقل عن أبى حذيفة فيمن قال لغيره يافاسق يالص : " فإن كان

---

(١) تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، جـ ٢ ، ص ١٥٣ ، بهامش فتح العلى المالك لمحمد أحمد عليش .

من أهل الصلاح ولا يعرف بذلك فعلى القاذف التعزير ، لأن الشين يلحقه إن كان بهذه الصفة وإن كان يعرف به لم يعزر " [1].

المتهم المجهول الحال :

وأما إذا كان المتهم مجهول الحال لا يعرف ببر أو فجور ، فهذا يحبس حتى ينكشف حاله ، ويتبين للحاكم أمره عند عامة علماء الإسلام ، وذلك لما رواه أبو داود فى سننه ، والترمذى ، والنسائى ، وغيرهم ، عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده : " أن النبى ﷺ حبس رجلا فى تهمة " قال الترمذى : حسن ، وزاد هو والنسائى : " ثم خلى عنه " .

وروى عن أبى هريرة : أن النبى ﷺ حبس فى تهمة يوما وليلة استظهارا وطلبا لإظهار الحق بالاعتراف [2].

وبين ابن القيم أن [3] الأصول المتفق عليها بين الأئمة توافق ذلك ، فإنهم متفقون على أن الحاكم يجب عليه أن يحضر المدعى عليه ـ الذى يجب عليه الحضور ـ إذا طلب المدعى إحضاره إلى مجلس القضاء حتى يفصل بينهما ، ويحضره من مسافة العدوى ـ وهى مالا يمكن الذهاب إليه والعود فى نفس اليوم ـ كما يقول بعض فقهاء الشافعية والحنابلة ورواية عند أحمد ، وعند بعضهم يحضره من مسافة القصر ـ وهى مسيرة يومين بالدواب ـ كما هو الرواية الأخرى عن الإمام أحمد ، وهى كالمسافة بين مكة وجدة .

---

(1) معين الحكام للطرابلسى ، ص ١٧٨ .

(2) الطرق الحكمية ، لابن القيم ، ص ١٠٨ ، ونيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٩ ، ص ٢١٧ دار الفكر ، ومجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣٥ ، ص ٣٨٩ وما بعدها .

(3) الطرق الحكمية ص ١١٨ .

ثم إن الحاكم قد يكون مشغولا عن تعجيل الفصل فى القضية ، وقد تكون عنده قضايا سابقة عن هذه القضية ، فيكون المدعى عليه محبوسا معوقا من حين أن طلبه القاضى إلى أن يفصل بينه وبين خصمه ، وهذا نوع من الحبس بدون تهمة ، فيجوز الحبس فى التهمة من باب أولى ، لأن الحبس الشرعى ليس هو الحبس فى مكان ضيق ، وإنما تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه ، سواء أكان فى بيت أم فى مسجد ، أم كان بملازمة الخصم أو وكيل الخصم له [1] ولهذا سماه الرسول ﷺ أسيرا ، يروى أبو داود وابن ماجه عن الهرماس بن حبيب ، عن أبيه ، قال : أتيت النبى ﷺ بغريم لى ، فقال لى : " إلزمه " ثم قال : " يا أخا بنى تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك ؟ " وفى رواية ابن ماجه : ثم مر بى آخر النهار ، فقال : " ما فعل أسيرك يا أخا بنى تميم " .

وهذا هو الحبس الذى كان على عهد رسول الله ﷺ ، ومضى عهد الرسول ﷺ وعهد أبى بكر ﷺ ، ولم يكن هناك مكان خاص معد لسجن من يحكم عليه بالحبس ، ولكن لما انتشرت الرعية أيام عمر بن الخطاب ﷺ اشترى دارا بمكة وجعلها سجنا ، وحبس فيها من حكم عليه بالحبس .

واختلف العلماء فى مقدار الحبس فى التهمة هل هو مقدر بمدة معينة ؟ أم أن ذلك متروك لاجتهاد الحاكم [2].

---

(١) اختلف العلماء فى الحبس واتخاذ السجن ، فيرى أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى جواز ذلك وحكة عن إبراهيم بن أبى يحيى أنه كره ذلك ، ومن حجته فى هذا الرأى أن الله تبارك وتعالى شرع الأحكام ، وفرض الحدود فكل من وجب عليه حد أو غرم أخذ منه ، ومن يمنع من ذلك غرر بما يؤلمه ، قياساً على الحدود ، وفى الحبس ضرر يتعرض له عياله ، والضرر فساد ، والله لا يحب الفساد ، وأما الرأى الثانى فمستنده أن رسول الله ﷺ قد حبس ، وكذلك الخلفاء الراشدون . أدب القاضى ، جـ ١ ، ص ١٢٤ .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ١١٨ ، وما بعدها .

المتهم المعروف بالفجور :

وأما إذا كان المتهم معروفا بالفجور ، مثل المتهم بالسرقة إذا كان معروفا بها قبل ذلك ، والمتهم بقطع الطريق إذا كان معروفا به ، والمتهم بالقتل كذلك ، أو كان أحد هؤلاء معروفا بما يقتضى ذلك ، فهذا يجوز حبسه ، لأنه إذا جاز حبس مجهول الحال فإن حبس هذا يكون أولى : قال ابن تيمية : " وما علمت أحدا من أئمة المسلمين يقول : إن المدعى عليه فى جميع هذه الدعاوى يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره ، فليس هذا — على إطلاقه — مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة ، ولا غيرهم من الأئمة ، ومن زعم أن هذا — على إطلاقه وعمومه — هو الشرع فقد غلط غلطا فاحشا مخالفا لنصوص رسول الله ﷺ ، ولإجماع الأئمة ، وبمثل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع ، وتوهموا أن الشرع لا يقوم بسياسة العالم ومصلحة الأمة " ٠

هذا النوع من المتهمين يسوغ ضربه :

وهذا النوع من المتهمين يسوغ ضربه ، يشهد لهذا ما روى أن النبى ﷺ أمر الزبير بتعذيب المتهم الذى غيب ماله حتى أقر به ، فى قصة ابن أبى الحقيق رأس يهود خيبر [(١)] ، فقد روى البخارى عن ابن عمر قال : " أتى رسول الله ﷺ أهل خيبر ، فقاتلهم حتى ألجأهم إلى قصرهم ، وغلبهم على الأرض والزرع والنخل ، فصالحوه على أن يجلوا منها ، ولهم ما حملت ركابهم ، ولرسول الله ﷺ الصفراء ، والبيضاء ، والحلقة [(٢)] ، وهى السلاح ، ويخرجون منها ، واشترط عليهم أن لا يكتموا

---

(١) الطرق الحكمية ، لابن القيم ، ص ١١٨ وما بعدها ٠

(٢) الحلقة بفتح الحاء وسكون اللام ٠

ولا يغيبوا شيئا ، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ، ولا عهد ، فغيبوا مسكا [١] فيه مال وحلى لحيى بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير ، فقال رسول الله ﷺ لعم حيى واسمه سعية [٢] : ما فعل مسك حيى الذى جاء به من النضير ؟ فقال : أذهبته النفقات والحروب ، فقال : " العهد قريب والمال أكثر من ذلك " ، وقد كان حيى قد قتل قبل ذلك ، فدفع رسول الله ﷺ سعية إلى الزبير ، فمسه بعذاب ، فقال : قد رأيت حييا يطوف فى خربة ههنا ، فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك فى الخربة ، فقتل النبى ﷺ ابنيى أبى الحقيق ، وأحدهما زوج صفية بنت حيى بن أخطب ، وسبى رسول الله ﷺ نساءهم وذراريهم ، وقسم أموالهم بالنكث الذى نكثوا [٣]. هذا ما يراه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم [٤].

وفى فقه المالكية نجد التصريح بحبس المتهم المعروف بالفجور وضربه قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : " ومن شهدت عليه بينة أنه سارق معروف بالسرقة متهم بها ، وقد سجن فيها غير مرة إلا أنهم حين شهدوا عليه لم يجدوا معه سرقة ، فقال : لا قطع عليه بهذه الشهادة ، ولكن عليه الحبس الطويل " [٥].

ونقل ابن فرحون أيضا عن بعض كتب المالكية أنه : " يضرب السارق حتى يخرج الأعيان التى سرقها " [٦].

---

(١) المسك ــ بفتح الميم وسكون السين ــ : الجلد .

(٢) سعية بفتح السين وسكون العين .

(٣) نيل الأوطار ، جـ ١٨ ، ص ٢٠٦ .

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ، والطرق الحكمية لابن القيم ، ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، لعلى بن خليل الطرابلسى ص ١٧٨ الطبعة الثانية .

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ، جـ ٤ ، ص ١٥٧ ، بهامش فتح العلى المالك .

(٦) نفس المصدر والصفحة .

وفى فقه الحنفية نجد الطرابلسى أيضا يقسم المدعى عليه بالنسبة إلى دعاوى التهم إلى ثلاثة أقسام كما قسمها ابن تيمية وابن القيم ، وابن فرحون المالكى ، مع ملاحظة أن الطرابلسى وابن فرحون من الواضح أنهما متأثران بتقسيم ابن تيمية وابن القيم ، وأيدا هذا التقسيم بنقول من فقههم أى فقه الحنفية وفقه المالكية ، يقول الطرابلسى عند كلامه عن المتهم المعروف بالفجور [1] : " إذا رفع للقاضى رجل يعرف بالسرقة والدعارة فادعى عليه بذلك رجل فحبسه لاختبار ذلك ، فأقر فى السجن بما ادعى عليه من ذلك فذلك يلزمه ، وهذا الحبس خارج عن الإكراه ، قال فى شرح التجريد فى مثله : وإن خوفه بضرب سوط ، أو حبس يوم حتى يقر فليس هذا بإكراه ، قال محمد : وليس فى هذا وقت : ولكن ما يجئ منه الاغتمام البين ، لأن الناس متفاوتون فى ذلك ، فرب إنسان يغتم بحبس يوم، والآخر لا يغتم ، لتفاوتهم فى الشرف والدناءة ، فيفوض ذلك إلى رأى كل قاض وزمانه ، فينظر إن رأى أن ذلك الإكراه فوت عليه رضاه أبطله وإلا فلا " .

واختلف العلماء فيما إذا أقر المتهم المعروف بالفجور حال الضرب أو الحبس فبعضهم يرى أنه يؤخذ بهذا الإقرار إذا ظهر صدقه ، مثل أن يخرج الشئ المسروق بعينه ، ولو رجع عن ذلك الإقرار بعد الضرب لا يقبل منه الرجوع بل يؤخذ به ، والبعض من العلماء يرى أنه لابد من إقرار آخر بعد الضرب ، وإذا رجع عن الإقرار لم يؤخذ به [2].

وبعد ، فيحسن أن نوضح هنا أن الطرابلسى الفقيه الحنفى مع أنه صرح بإباحة حبس المتهم المعروف بالسرقة والدعارة وصحة إقراره ،

---

(١) معين الحكام ، للطرابلسى ، ص ١٧٩ .

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣٥ ، ص ٤٠٤ .

كما هو واضح من كلامه الذى نقلناه ، فإنه بعد ذلك يرى أن حبس المتهم أو ضربه ليقر إنما هو فى قضايا الأموال ، وأما لو أكرهه القاضى أو غيره على الإقرار بجريمة تستحق حدا ، أو قصاصا فلا يجوز إقراره [١].

ونرى أنه يوجد تناقض بين الكلامين .

ما سبق كان أحد اتجاهين فى الفقه الإسلامى ، وهو إباحة حبس المتهم المعروف بالفجور ، أو ضربه حتى يقر ، وأما الاتجاه الثانى فهو عدم صحة الإقرار بعد الضرب ، يقول النووى أحد كبار فقهاء الشافعية : " وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر " [٢] ، وصرح بعض فقهاء الشافعية أيضا بأن الضرب للمتهم حرام سواء ضرب ليقر أو ضرب ليصدق فى القضية [٣].

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى نصوص القرآن الكريم التى بينت عدم صحة إقرار المكره بما أكره عليه ، قال تبارك وتعالى : ﴿ **إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان** ﴾ [٤] ، فقد أفاد النص الكريم أن الإكراه مسقط لحكم الكفر فبالأولى ما عداه [٥].

الترجيح بين الاتجاهين :

أرى الأخذ بالرأى القائل بحرمة الضرب للمتهم ، وما على جهات الأمن والتحقيق إلا بذل الوسع فى الوصول إلى الحقيقة بالوسائل المختلفة

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ــ للطرابلسى ، ص ١٧٩ ، مطبعة مصطفى الحلبى .

(٢) نقلا عن مغنى المحتاج لمحمد الشربينى الخطيب جـ ٢ ، ص ٢٤٠ .

(٣) حاشية البجيرمى على المنهج جـ ٣ ، ص ٧٣ .

(٤) سورة النحل ، الآية ١٠٦ .

(٥) مغنى المحتاج جـ ٢ ، ص ٢٤٠ .

البعيدة عن تعذيب المتهم أو ضربه ، وخاصة أن العلم يعطى كل فترة ما يساعد على التعرف على مرتكبى الجرائم وتقديمهم للمحاكمة ، مثل فصائل الدم ، والجينات ، والبصمات العادية ، والبصمة الوراثية ، والذكاء المفترض فى المحققين والقضاة أحد العوامل المهمة التى تساعد على تحقيق هذا •

وترجيحى لهذا الرأى للأمور الآتية :

أولا : صراحة النص القرآنى فى بيان عدم صحة إقرار المكره بما أكره عليه •

ثانيا : التعارض بين ما استدل به القائلون بعدم جواز ضرب المتهم وعدم صحة إقراره ، وما استدل به القائلون بجواز ذلك وصحته ، فالقائلون بعدم الجواز وعدم الصحة مستدلون بنص قرآنى وهو ـ كبقية القرآن ـ قطعى الثبوت ، وبجانب ذلك هو قطعى الدلالة أيضا ، والقائلون بجواز ذلك وصحته مستدلون بحديث آحادى ، لم يبلغ حد التواتر ، والحديث الآحادى ظنى الثبوت ، وإذا تعارض قطعى الثبوت مع ظنى الثبوت فإنه يجب تقديم ما هو قطعى الثبوت •

ثالثا : يمكن فى رأيى فهم الحديث الذى استند إليه القائلون بجواز ضرب المتهم المعروف بالفجور حتى يقر ، على أنه يحكى واقعة حال فعلية محتملة ، وواقعة الحال الفعلية المحتملة لا تفيد عموم الحكم •

والاحتمال فى هذه الواقعة هو أن يكون الرسول ﷺ كان على يقين من أن المتهم كاذب فى ما ادعاه من أن المال والحلى قد أذهبته النفقات والحروب ، ويشهد لهذا القرينة القوية جدا التى بينها الرسول ﷺ ، وهى أن العهد قريب والمال أكثر من ذلك ، أى أنه يبعد جدا أن يكون اليهود أنفقوا هذا المال الكثير فى هذا الزمان القليل ، وهو مبرر قوى لإجبار هذا الشخص على أن ينطق بالحقيقة •

هذا فى جانب الرسول ﷺ ، لكن بالنسبة إلينا أنَّى يتوفر هذا اليقين للجهات التى تحقق مع المتهم ؟ !

إنه إذا كان اليقين يمكن أن يتوفر بالاستعانة بمعطيات العلم الحديثة فإن الجريمة حينئذ تثبت بهذه المعطيات ، ويحاكم على أساسها المتهم ، ولا تكون هناك حاجة إلى ضربه حتى يقر •

رابعا : من المعهود أن ضرب المتهم لا يكون فى غالب الأحوال إلا فى الحوادث التى تدخل فى مجال القصاص كالقتل والجروح ، أو فى مجال الحدود كالسرقة ، والاغتصاب الجنسى ، وقطع الطريق ، ومن غير المعهود أن يضرب المدعى عليه فى ماعدا هذا من دعاوى كدعوى بيع ، أو إجارة ، أو دين ، ونحو ذلك •

فالضرب – إذن – يكون فى غالب الأحوال فى قضايا وضع الشارع فيها قاعدة تؤدى إلى تقليل توقيع العقوبة المحددة فيها ، هذه القاعدة هى درء العقوبة المحددة بالشبهات ، فالحدود – أى العقوبات المحددة – تدرأ بالشبهات كما هو عليه جماهير فقهاء الأمة الإسلامية ، والقصاص أيضا يدرأ بالشبهات كالحدود •

وإذا كان المبدأ والقاعدة هما درء القصاص والحدود بالشبهات فإن اعتراف المتهم بالقتل ، أو بالسرقة ، أو بالاغتصاب ، أو بأية جريمة تدخل فى هذا المجال بعد ضربه يعد شبهة تؤدى إلى إسقاط العقوبة ، ولهذا لا يجوز ضربه ، لأن الضرب لن يؤدى إلى الأخذ بإقراره ، فيكون الضرب عبثا ، وإيلاماً للإنسان دون مبرر شرعى لهذا الإيلام ، والإيلام للإنسان أو لغيره دون مبرر شرعى لا يجوز •

الشرط الرابع من شروط المقر : الرشد إن كان الإقرار بحق آدمى :

إذا كان الإقرار يتعلق بحق آدمى ، كالإقرار بالمـــال ، أو بـــالزواج اشترط المقر أيضا بجانب الشروط الثلاثة السابقة شرط رابع هو الرشـــد ، والمراد بالرشد : كون الشخص مطلق التصرف ، فلا يصح إقرار الســفيه بدين ، أو إتلاف مال ، أو نحو ذلك كما قال العلمـــاء [(1)] ، قـــال بعــض العلماء : لا يلزمه الإقرار ظاهرا ولا باطنا ، أى لا فيما بينه وبين النـــاس ولا فيما بينه وبين الله ، وقال البعض الآخر : يلزم السفيه الإقرار بديـن أو إتلاف مال أو نحو ذلك باطنا أى فيما بينه وبين الله فيغرمه للمقر له بعـــد فك الحجر عنه .

وصرح العلماء بأن السفيه إذا أقر بغير المال ، كالطلاق والظـــهار ، ونحوهما ، فإن إقراره يكون صحيحا ، ويصح إقرار السفيه فى الجنايات ، والحدود .

الشرط الخامس عند بعض العلماء : أن يكون المقر غير متـــهم فى إقراره :

اشترط المالكية أن يكون المقر غير متهم فى إقراره ، وعلى هذا لـــو أقر المريض مرض الموت لمن يتهم كابنه البار به ، أو زوجته التى يميـل إليها فلا يصح الإقرار عند المالكية ؛ سواء أكان المتهم بمودته وارثـــا أم غير وارث ، إلا إذا أجاز الورثة هذا الإقرار فيصح .

وأما إقراره لغير متهم عليه فيصح عندهم حتى لو كان بأزيد من ثلـث ما يملك [(2)].

---

(1) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، لمحمد الشـــربينى الخطيـب ، ص ١١٤ ، وحاشـية الباجورى على شرح ابن قاسم مبحث الإقرار ، ص ٢٠٥ .

(2) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، لأحمد بن محمد الصاوى ، علـــى الشرح الصغير للدردير ، جـــ ٢ ، ص ١٩٠ ، وقوانيـن الأحكـام لابـن جـزى ، ص٣٢٤ .

ما يراه الحنفية :

ويرى الحنفية أن إقرار المريض لوارثه باطل إلا إذا صدقه بقية الورثة ، واستندوا فى هذا إلى رواية عن رسول الله ﷺ أنه قال : " لا وصية لوارث ولا إقرار بدين " وأيضا فإنه تعلق به حق جميع الورثة ، فإذا أقر المورث لبعض ورثته فإنه يكون قد أبطل حق الباقين ، وفيه إيقاع بينهم ، لأن فيه إيثارا لبعض الورثة على البعض الآخر ، وذلك ينشئ العداوة والبغضاء ، قالوا : وقضية يوسف وإخوته أكبر شاهد [١].

ما يراه الشافعية :

وأما الشافعية – على الرأى الراجح عندهم – فيرون أنه يصح إقراره فى مرضه لوارثه كإقراره للأجنبى ، لأن الظاهر أنه محق فى إقراره ، لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ، ويتوب فيها الفاجر .

ويوجد قول للشافعى – رضى الله تعالى عنه – بعدم صحة الإقرار للوارث ، لأنه متهم بحرمان بعض الورثة [٢].

ما يراه الحنابلة :

يرى الحنابلة عدم صحة إقرار المريض مرض الموت بالمال لأحد الورثة [٣].

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود بن مودود ، جـ ٢ ، ص ١٩٠ ، مطابع الشعب .

(٢) حاشية سليمان البجيرمى على شرح منهاج الطلاب لزكريا الأنصارى جـ ٣ ، ص ٧٦، ٧٧ ، واختلف الشافعية فى كونه وارثا حال الموت أو بحال الإقرار ، ويظهر أثر الخلاف فيما لو أقر لزوجته ثم طلقها طلقة بائنة ومات ، أو أقر لأجنبية ثم تزوجها .

(٣) مختصر المقنع ، لشرف الدين أبو النجا ص ١١٥ .

ويحسن بنا أن ننبه إلى أن الخلاف بين العلماء هو فى صحة الإقـرار وعدمها ، وأما التحريم والإثم فلا شك فيه إذا كان المقر قد قصد بـإقراره أن يحرم بعض الورثة فلا يوجد خلاف بين العلمـاء فـى هـذا ، وقـال العلماء : لا يحل للمقر له أن يأخذ المقر به فى هذه الصورة (١).

هذا ، وفى ختام الكلام عن شروط المقر يحسن أن نبين أن العلماء لـم يشترطوا فى المقر صفة العدالة كما هو الشرط فى الشاهد عنـد جمـهور العلماء ــ كما سنعرف فيما بعد إن شاء الله تعالى ــ ، وذلـك لأن طبـع الإنسان يزعه عن أن يقر على نفسه بما يقتضى قتلا ، أو قطعا ، أو تغريم مال ، فلهذا قبل الإقرار من البر والفاجر اكتفاء بالوازع الطبيعى (٢).

شروط المقر له :

يشترط فى المقر له الشروط الآتية :

أولا : أن يكون أهلا لاستحقاق المقر به ، فلو أقر شخص لدابة فـلا يصح الإقرار ، لأنها ليست أهلا لذلك ، وأما لو قال : على بسـبب هـذه الدابة لفلان كذا فإن الإقرار يصح ، حملا على أنه استأجرها ، أو استعملها تعديا ، أو جنى عليها .

ويصح الإقرار لحمل امرأة ، لأنه أهل للاستحقاق .

ثانيا : عدم تكذيبه للمقر ، كأن يقول للمقر : ليس لى عليك شئ ، فلو كذبه فى إقراره له بمال ، فإن هذا المال يترك فى يد المقر ، لأن يده تشعر بالملك بحسب الظاهر ، وسقط الإقرار .

---

(١) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، جـ ٣ ، ص ٥٥ .

(٢) الأشباه والنظائر ، للسيوطى ، ص ٣٨٧ .

ثالثا : أن يكون المقر له معينا تعيينا يتوقع معه طلب ، وعلى هذا لـو قال شخص : على مال لرجل من أهل البلد لم يصح الإقرار ، وأمـا لـو قال : على مال لأحد هؤلاء الثلاثة فيصح •

رابعا : أن لا يكذبه الشرع فى إقراره ، كما لو أعتق عبدا ثم أقر لـه هو أو غيره عقب عتقه بدين أو عين لـم يصـح الإقـرار ، لأن أهليـة الاستحقاق لم تثبت له إلا فى الحال ، إلا إذا كان هذا المقر له حربيـا لـه ملك فاسترقه المسلمون فى الحرب •

شروط المقر به :

يشترط فى المقر به الشروط الآتية :

أولا : انتفاء ملكه فى حال الإقرار ، وعلى هـذا لـو قـال : دارى لفلان ، فلا يعد هذا إقرارا بل كلام لغو ، لأن إضافة الدار إليـه تقتضـى ثبوت الملك له ، فيكون هذا منافيا للإقرار لغيره ، لأن حقيقة الإقرار إخبار بحق سابق عليه ، ويكون كلامه حينئذ محمولا على الوعد بالهبة ، وقـال البغوى أحد فقهاء الشافعية : " فإن أراد به الإقرار قبل منه " •

ثانيا : أن يكون المقر به بيد المقر ولو فى المآل ، فلو أقـر بحريـة عبده بيد غيره ، ثم اشتراه ، فإن القاضى يحكم بالحرية ، فترفع يده عنـه مؤاخذة بإقراره السابق ، ويفسر شراؤه لهذا العبد بأنه افتداء له من جهته ، لاعترافه بحريته التى تمنع شراءه •

ثالثا : أن يكون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له ، فلو أقر أنـه غصب حفنة من تراب أو حبة من قمح أو أى شئ من هذا القبيل لا يصـح لأن المقر به لا يلزمه تسليمه إلى المقر له •

هل يشترط أن يكون المقر به معلوما :

بين العلماء أنه لا يشترط فى المقر به أن يكون معلوما ، بل يجوز الإقرار ويلزمه سواء أكان المقر به معلوما أم مجهولا ٠

وقد عللوا عدم منع جهالة المقر به لصحة الإقرار ، بأن الحق المجهول قد يلزم الشخص ، كما لو أتلف مالا لشخص آخر لا يدرى قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها (تعويضها) ، أو كان قد تبقى عليه بقية حساب لا يحيط به علمه ، والإقرار ما هو إلا إخبار عن ثبوت الحق فيصح بالمجهول ، ويطلب القاضى منه أن يبين ذلك المجهول ليتمكن من استيفائه ، فإن لم يبين أجبره القاضى على البيان ٠

هذا ، وقد سبق أن بينا فى شروط المقر له أنه يشترط أن يكون المقر له معينا ، فلو كان المقر له مجهولا لا يصح الإقرار ، لأن المجهول لا يصلح أن يكون مستحقا لشئ [1].

شروط صيغة الإقرار :

يشترط فى الصيغة أن تكون لفظا يشعر بالتزام بحق ، سواء أكان اللفظ صريحا أم كناية ٠

وبين الشافعية أن الكتابة مع النية فى معنى اللفظ ، سواء صدرت من ناطق أو أخرس ، وسواء كان للأخرس إشارة مفهمة أو لا ، فهى – أى الكتابة – عند الشافعية كناية مطلقا وإن انضم إليها قرائن لا تصيرها صريحا [2]، وفى معنى اللفظ إشارة الأخرس المفهمة ٠

---

(١) المختار من كتاب اللباب ، لعبد الغنى الغنيمى ، فى شرح الكتاب لأحمد بن محمد القدورى ، ص ٢٩٠ ، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، والمجانى الزهرية ، ص ٨٠ ٠

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ، جـ ٣ ، ص ٤٢٧ ، وما بعدها ٠

هذا ، ونحب أن نبين أن المشهور عن الشافعي ﷺ عدم الاعتماد على الخط المجرد ، وهو أيضا مذهب مالك ، لإمكان التزوير في الخطوط ، وروى الخصاف عن أبي حنيفة : " إذا وجد القاضي في ديوانه شيئا لا يحفظ ، كإقرار الرجل بحق من الحقوق ، وهو لا يذكر ذلك ولا يحفظه ، فإنه لا يحكم به ، ولا ينفذه حتى يذكره ، أو تقوم عليه بينة ، وقال أبو يوسف ومحمد ما وجده القاضي في ديوانه من شهادة شهود عنده لرجل على رجل بحق ، أو إقرار رجل لرجل بحق ، والقاضي لا يحفظ ذلك ولا يذكره ، فإنه ينفذ ذلك ويقضي به إذا كان تحت خاتمه محفوظا ، إذ ليس كل ما في ديوان القاضي يحفظ " .

ويرى بعض الباحثين : صحة الإقرار بالكتابة ، لأن الذين يمنعون الاحتجاج بالكتابة وحدها إنما قالوا بذلك خشية أن يحدث التزوير فيها والمحاكاة [1].

ونحن نرى صحة هذا الرأي ، وخاصة بعد أن أصبح للخطوط خبراء يميزون خط الشخص عن غيره ، وبعد ما ثبت أن الخطوط لا تتطابق وبإمكان الخبير أن يعرف التزوير إذا حدث في الخطوط بالوسائل العلمية التي يستعان بها في هذا المجال ، ويمكن أن يتقوى هذا الرأي بما يأتي :

أولا : أمر الله تبارك وتعالى بكتابة الديون ، ولو لم يكن للكتابة فائدة ما أمر الله ﷻ بها ، وفائدتها التوثيق ، ولا يؤخذ منها التوثيق إلا إذا كانت موضع الاعتماد عليها .

ثانيا : ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده " . ووجه الدلالة : أنه لو لم يكن من الجائز أن تعتمد على الخط لما كان لكتابة الوصية فائدة .

ثالثا : ما ثبت أن رسول الله ﷺ أرسل كتبا إلى الملوك وغيرهم ، وكان يرسل المكتوب مع رسول مختوما ، ويأمره بأن يدفعه إلى المكتوب إليه .

رابعا : ما رواه كثير من العلماء من أنه يصح اعتماد راوي الحديث على الخط وجواز التحدث بهذا المكتوب ، ولو لم يعتمد على [illegible] لضاع

---

(١) القضاء في الإسلام ، للأستاذ محمد سلام مدكور ، ص ٨٠ .

كثير من الأحاديث والأحكام الفقهية التى تناقلها المحدثون والفقهاء بطريق الكتابة .

والمطلوب التحقق بأية وسيلة أن هذا المكتوب هو خط شخص معين والعبرة كما يقول الإمام أحمد بن حنبل : أن يكون خطه معروفا مشهورا ، فإن القصد حصول العلم بنسبة الكتابة إليه [1].

الرجوع عن الإقرار :

المقر به نوعان :

النوع الأول : حق الله ـ عز وجل ـ الخالص [2] ، وهو ما يسقط بالشبهة من الحدود ، كحد السرقة ، وحد الزنا وشرب الخمر .

النوع الثانى : حق الآدمى [3] ، سواء أكان مالا ، كثمن أرض بيعت أو بدل قرض ، أو كان عقوبة كحد القذف ، أى اتهامه من شخص بجريمة الزنا من غير بينة [4] ، والقصاص ، وحد القذف حق لآدمي على الرأى

---

(1) المصدر السابق ، ص ٨١ .

(2) يعرف حق الله تعالى : بأنه كل ما ليس للعبد إسقاطه ، كالإيمان بالله تعالى ، وسائر العبادات ، والحدود ، ويمكن أن يعرف أيضا بأن : ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد .

(3) يعرف حق الآدمى : بأنه كل ما يصح للإنسان إسقاطه ، أو ما يتعلق به مصلحة خاصة .

(4) حد القذف يجتمع فيه حق الله وحق الإنسان ، ففيه حق الإنسان لأن بما لا شك فيه أن للإنسان المطعون فى عرضه حقا فى تطبيقه على من رماه بالزنا ، حتى يدفع العار عنه ، ويعلم الناس أن إلصاق الجريمة به كان كذبا وافتراء ، وفيه أيضا حق الله تعالى ،لأنه سبحانه يريد المصالح لعباده ، ومن مصلحتهم أن تصان أعراضهم من أن تمس بأذى ، فكان أمره جل وعلا أن يعاقب القاذف ، ومن حق الله تبارك وتعالى أن يمتثل العباد لأوامره ويجتنبوا نواهيه ، وقد اختلف العلماء ، فقال الحنفية إن حق الله فى القذف هو الأغلب ، والشافعية يرون أن حق الإنسان هو الأغلب ، وعلى هذا الرأى الأخير يجوز أن يورث ، ويعفى عنه من المقذوف ، ولا يجرى فيه التداخل .

القائل بأنه مع ملاحظة أن فيه حقا لله وحقا للإنسان ، فإن حــق الإنســان غالب .

فأما حقوق الآدميين ؛ فقد اتفق العلماء على أنه لا يصح الرجوع عـن الإقرار بها ، لأنها حقوق تثبت للمقر له ، فلا يملك المقر إسقاطها بغـــير رضاه ، وبين بعض العلماء أن حق الله المالى [1] ، كالزكاة والكفـــارة لا يصح الرجوع فيه عن الإقرار به ، لما فيه من شائبة حق الآدمى [2].

وأما حقوق الله عز وجل الخالصة ، وهى ما يسقط بالشــبهة مــن الحدود كحد الزنا ، وحد السرقة ، فقد اختلف العلماء فيه على رأيين :

أحدهما : أنه يصح الرجوع عن الإقرار بها ، فلو أقر إنسان بجريمــة الزنا ثم رجع عن إقراره فإنه يقبل منه ، سواء كان الرجوع قبل صـــدور الحكم عليه بالحد ، أو بعده ، وسواء أكان رجوعه قبل تنفيذ الحكم أم فـــى أثنائه .

وهذا الرأى يراه الحنفية ، والشافعية ، والإمام أحمد ، وهو مروى عن الإمام مالك فى قول له .

---

(١) قسم العلماء الحقوق المالية التى تجب لله تعالى إلى ثلاثة أقسام :

الأول : قسم يجب لا بسبب من الإنسان ، فإذا عجز عنه الإنسان وقت وجوبه لا يثبــت فى الذمة بل يسقط ، وذلك كزكاة الفطر .

الثانى : قسم يجب بسبب من جهة الإنسان ــ على سبيل البدل ــ فيثبت فـــى ذمتـــه تغليبا لمعنى الغرامة ، كجزاء الصيد فى الحرم ، وفدية الحلق فى الحج .

الثالث : قسم يجب بسبب من جهة الإنسان ــ لا على سبيل البدل ــ ، ككفـارة الواجبة على من جامع فى نهار رمضان .

الأشباه والنظائر ، لعبد الوهاب بن على بن عبد الكافى السبكى ، الجزء الأول دار الكتب العلمية ــ بيروت .

(٢) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، جـ ٢ ، ص ٣ ، مطبعة عيسى البابى ..

ويحصل الرجوع عن الإقرار بالزنا بقوله : كذبت ، أو رجعت عما أقررت به ، أو ما زنيت ، أو كنت فاخذت ، أو نحو ذلك .

الرأى الثانى : أنه لا يقبل منه الرجوع عن الإقرار بعد كماله ، كغيره من الإقرارات فإنه لا يصح الرجوع فيها .

وهذا يراه ابن أبى ليلى ، وأبو ثور ، ورواية عن مالك ، وقول للشافعى .

ما استند إليه الرأى الأول :

استند الرأى القائل بصحة الرجوع عن الإقرار بحقوق الله تبارك وتعالى ، إلى ما يأتى :

أولا : ما روى عن أبى هريرة ﷺ قال : " جاء ماعز الأسلمى إلى رسول الله ﷺ فقال : " إنه قد زنى ، فأعرض عنه ، ثم جاءه من شقه الآخر فقال : يا رسول الله ، إنه قد زنى ، فأعرض عنه ، ثم جاءه من شقه الآخر فقال : يا رسول الله ، إنه قد زنى ، فأمر به فى الرابعة فأخرج إلى الحرة [1] ، فرجم بالحجارة ، فلما وجد مس الحجارة فر ، يشتد ، حتى مر برجل معه لَحْى [2] جمل فضربه به ، وضربه الناس حتى مات ، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ أنه فر حين وجد مس الحجارة ومس الموت ، فقال رسول الله ﷺ : " هلا تركتموه " ، رواه أحمد ، وابن ماجه ، والترمذى ، وقال : إنه حديث حسن .

وفى رواية رواها أبو داود : فقال ﷺ : " هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه " [3].

قال ابن عبد البر : هذا أوضح دليل على أنه يقبل رجوعه [4].

---

(١) الحرة ــ بفتح الحاء ــ أرض ذات حجارة سود .

(٢) اللحى ــ بفتح اللام وسكون الحاء ــ عظم الحنك ، وهو الذى عليه الأسنان .

(٣) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ٢٦٩ .

(٤) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١٥٠ .

ثانيا : ثبت أن رسول الله ﷺ عرض لماعز ـ عندما جاءه معترفـــا بالزنا ـ بالرجوع بقوله : " لعلك قبلت ، أو غمزت ، او نظرت " ، فلو لم يسقط به الحد لما كان له معنى (1)٠

ثالثا : الرجوع عن الإقرار مثل الإقرار الأول ، كــل منــهما خــبر يحتمل الصدق والكذب ، وهو نفسه مصدر للخبرين ، ولا يوجــد مرجــح يرجح الأخذ بالإقرار على الأخذ بالرجوع ، وتلك شبهة ، والحدود تــدرأ بالشبهات كما هى القاعدة الشرعية المقررة ٠

ما استند إليه الرأى الثانى :

وأما الرأى القائل بأنه لا يقبل الرجوع عن الإقرار بحقوق الله تبــارك وتعالى ، فقد استند إلى ما يأتى :

أولا : أن ماعزا بعد أن أحس بألم الحجارة وألم الموت ، فر من الناس ومع ذلك قتلوه ، فلو كان الرجوع عن الإقرار فى الحدود مقبــولا لألــزم النبى ﷺ من قتلوه بدية القتل الخطأ (2)٠

مناقشة هذا الاستدلال :

نوقش هذا الاستدلال : بأن النبى ﷺ لم يلزمهم بالديــة لأن هــروب ماعز عند تنفيذ الحد لا يدل صراحة على الرجوع عن الإقرار ، لاحتمـــال أن يكون الهروب من ألم الضرب ٠ وعلى فرض أنه يدل صراحة علـــى

(1) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٧ ، ص ٢٦٨ ، المغنى لابن قدامة ، جـ ٨ ، ص ١٩٧ ، ونصب الراية للزيلعى ، جـ ٣ ، ص ١٦٧ ، وحاشية ابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ١٠ وبدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ٠

(2) معنى الدية : المال الذى يجب بسبب الجناية على النفس أو ما دونها ، وما دون النفـــس كتعطيل منفعة عضو من أعضاء الإنسان ٠

الرجوع عن الإقرار فإنه لم ينقل أن أولياء ماعز طالبوا بالدية حتى يقضى لهم بها .

ثانيا : قياس الإقرار بالحدود على الإقرار بالحقوق الأخرى ، ولما كان الإقرار بالحقوق غير الحدود لا يصح الرجوع فيه ، فكذلك الإقرار بالحدود لا يصح الرجوع فيه .

مناقشة هذا الاستدلال :

نوقش هذا الاستدلال : بأن هذا قياس مع الفارق ، والقياس مع الفارق لا يصح ، والفارق بين الأمرين أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحقوق الأخرى لا تدرأ بالشبهات [1].

هذا ، وقد انتصر الشوكانى للرأى القائل بعدم قبول الرجوع عن الإقرار بعد كماله فقال [2] : هذا الرجوع ليس بشبهة تدرأ بها حدود الله ، ولا يصح الاستدلال على سقوط الحد بالرجوع عن الإقرار بما أخرجه أحمد ، وابن ماجه ، والترمذى وحسنه ، ورجال إسناده ثقات عن أبى هريرة : " أن ماعزا لما وجد مس الحجارة فر يشتد ، فأخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فقال : " هلا تركتموه " ، لأنه لا يدل على أنه قد سقط عنه الحد بذلك ، بل على أنه إذا ترك ورجع إلى رسول الله ﷺ قد يأتى بشبهة مقبولة .

---

(١) نيل الأوطار ، للشوكانى جـ ٧ ص ٢٦٨ ، المغنى لابن قدامة جـ ٨ ، ص ١٩٧ ، ونصب الراية ، للزيلعى جـ ٣ ، ص ١٦٧ ، وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ، ص ١٠ ، وبدائع الصنائع جـ ٧ ، ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ، جـ ٧ ، ص ٢٧٠ ، والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، جـ ٤ ، ص ٣١٦ ، ٣١٧ .

وهكذا لا يصح الاستدلال بحديث جابر عند أبى داود ، والنسائى " أن ماعزا صرخ بهم فقال : يا قومى ردونى إلى رسول الله ﷺ فإن قومى قتلونى وغرونى من نفسى ، وأخبرونى أن رسول الله ﷺ غير قاتلى ، فلم ينزعوا عنه ، فلما أخبروا بذلك رسول الله ﷺ قال : " فهلا تركتموه وجئتمونى به" ، فإن رسول الله ﷺ إنما أراد رجوعه إليه للاستثبات إذ جاء بشبهة مقبولة •

وعلى أنه قد روى فى بعض طرق الحديث عند مسلم ، والنسائى وأبى داود ــ واللفظ له ــ من حديث أبى سعيد قال : " لما أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز بن مالك خرجنا به إلى البقيع ، فوالله ما أوسقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا ، قال أبو كامل وهو الجحدرى : فرميناه بالعظام ، والمدر ، والخزف ، فاشتد واشتددنا خلفه ، حتى أتى عرض الحرة فانتصب لنا ، فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكت " • فدل هذا على أنه إنما فر إلى المحل الذى توجد فيه الحجارة التى تسرع فى القتل •

وهكذا لا يصح الاستدلال بما أخرجه أبو داود عن بريدة قال : " كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما ، أو قال : لو لم يرجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما ، فإنه رجمهما بعد الرابعة " •

ثم قال الشوكانى بعد ذلك : وعلى كل حال ليس التحدث الواقع بينهم مما تقوم به الحجة ، لأنه مجرد حدس ، وبهذا تعرف أنه لا دليل على أن الرجوع عن الإقرار يسقط به الحد ، وقد حصل المقتضى بالإقرار فلا يسقط إلا بدليل يدل على سقوطه دلالة بينة ظاهرة " •

انتهى كلام الشوكانى فى الدفاع عن رأيه ، لكننا نسأل : وماذا نقول فى الرواية التى رواها أبو داود [1] التى بينت أن رسول الله ﷺ قال : "هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه " ألا تدل هذه الرواية للرأى الآخر ؟ وأليس هذا ــ كما يقول ابن عبد البر ــ أوضح دليل على أنه يقبل

(١) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ٢٦٩ •

الآخر ؟ وأليس هذا ــ كما يقول ابن عبد البر ــ أوضح دليل على أنه يقبل رجوعه [1].

هروب المقر أثناء تنفيذ الحد :

كما اختلف العلماء فى الرجوع عن الإقرار فى الحدود هل يقبل أم لا اختلفوا فى هروب المقر أثناء تنفيذ الحد عليه ، هل يعد رجوعا عن الإقرار أم لا ؟ على رأيين :

أحدهما : ما يراه الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، وهو أن هروبه يعد رجوعا عن الإقرار [2] ، لأن رسول الله ﷺ قال بعد أن ذكر له أنهم قتلوا ماعزا على الرغم من هروبه : " هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه " [3].

الرأى الثانى : يراه فقهاء الشافعية فى الأصح عندهم ، وهو أن هروبه لا يسقط الحد عنه ، وعللوا هذا الرأى بأنه قد صرح بالإقرار ولم يُصَرِّح بالرجوع ، لكن مع هذا يرى فقهاء الشافعية أنه يجب الكف عنه فى الحال ، فلا يستمر تنفيذ الحد عليه ، ولا يتبع ، فإن رجع عن الإقرار قبل عنه هذا الرجوع ، وإن لم يرجع عن إقراره نفذ الحد [4].

الرأى الراجح :

نرى ــ كما يرى بعض الباحثين [5] ــ رجحان رأى الشافعية فى الأصح عندهم ، لأن الإنسان بطبيعته التى طبعه الله عليها يتألم من

---

(1) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١٥٠ .

(2) رد المحتار ، (حاشية ابن عابدين) جـ ٤ ، ص ١٠ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، والشرح الصغير لأحمد الدردير ، جـ ٥ ، ص ١٢٠ ، مطبعة المدنى ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٤ ، ص ٣١٨ ، والمغنى ، جـ ٨ ، ص ١٥٩ ، وفتح القدير لابن الهمام ، جـ ٥ ، ص ٢٢٢ .

(3) المغنى ، جـ ٨ ، ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

(4) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١٥١ .

(5) الزميل الدكتور : أنور دبور فى كتابه : الشبهات وأثرها فى إسقاط الحدود ، ص ٩٥ .

العقوبات البدنية ، كأى حيوان آخر ، فإذا اشتد به الألم عـادة يحـاول أن يوقف هذا الألم ، ولو بالهروب من سبب الألم ، وعلى هذا فـالأولى أن لا يعتبر الهروب رجوعا عن الإقرار ، لكن لأن القاعدة الشرعية أن الحـدود تدرأ بالشبهات ، وهروب المقر يصلح أن يكون شبهة تدرأ الحد عنه فإنـه يجب أن يوقف التنفيذ فى الحال ، ولا يتبع ، حتى نعلم منه أنه رجع عـن إقراره فنتركه ، وإلا تم تنفيذ الحد ٠

هذا ، وقد بين بعض العلماء من الذاهبين إلى صحة الرجـوع عـن الإقرار بحقوق الله الخالصة أنه يسن للمقر بالزنـا أن يرجـع عـن هـذا الإقرار ، بل صرحوا بأنه يسن له عدم الإقرار من أول الأمر ، سترا على نفسه ، ويجب عليه أن يتوب بينه وبين الله تبارك وتعالى ، لقول رسـول الله ﷺ : " من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله تعالى ، فـإن من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد " ، وصرحوا أيضا بأنه يسن للشـهود ترك الشهادة فى جريمة الزنا ، وكذلك يسن للقاضى ، وغيره أن يعـرض للمقر بالزنا بالرجوع ، بأن يقول للمقر : لعلك قبلـت ، أو فـاخذت ، أو باشرت فى غير الفرج ، وما ماثل هذا ٠ لأنه ﷺ عرض لماعز ــ عندما اعترف بالزنا ــ بالرجوع ، حيث قال له : " لعلك قبلت ، لعلك لمسـت ، لعلك فاخذت ، أبك جنون ؟ " ٠

وقال العلماء أيضا : إن المستحب التعريض للمقر بالسرقة بالرجوع ، فيقول القاضى للمقر بالسرقة مثلا : لعلك أخـذت المسـروق مـن غـير حرزه ، أو أنك ظننته مالك ، لكن قال العلماء : لا يقول القـاضى لـه : ارجع عن إقرارك ، لئلا يكون آمرا له بالكذب على احتمال أنه صادق فـى إقراره ٠

ويرى بعض العلماء أن القاضى لا يعرض بالرجوع عن الإقرار لمن هو معروف بارتكاب الجرائم (1).

حكم الرجوع فى حد القذف :

وقد بين العلماء أن هذا بالنسبة للحدود التى تعد حقوقا خالصة لله عز وجل ، أما حد القذف فلأن فيه حقا لله عز وجل وحقا للإنسان على اختلاف بين العلماء فى أى الحقين هو الغالب (2) فلا يجوز للقاضى ولا غيره أن يعرض فيه للمقر بالرجوع ، لأنه يؤدى إلى ضياع حق الإنسان الذى طعن فى شرفه وعرضه ، وهو محتاج إلى دفع هذا العار الذى حاول أن يلصقه به المقر .

الرجوع عن الإقرار فى السرقة يصح فى حق العقوبة :

وقال بعض العلماء : إن الرجوع عن الإقرار فى السرقة يصح فى حق العقوبة وهى قطع اليد ، لا فى حق المال ، لأن حد السرقة حق خالص لله عز وجل ، فيصح الرجوع عنه ، فأما المال فحق الإنسان فلا يصح الرجوع فيه .

وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الإقرار فيه ، لأنه فيه حقا للإنسان فيكون المقر متهما فى الرجوع فلا يصح كالرجوع عن الإقرار فى سائر الحقوق الخالصة للإنسان .

---

(1) حاشية الدسوقى جـ 4 ، ص 318 .

(2) اختلف العلماء فى حد القذف ، هل حق الله غالب فيه على حق الآدمى ، أم أن حق الآدمى غالب على حق الله تبارك وتعالى ، فيرى أبو حنيفة : أن حق الله هو الأغلب كما فى سائر الحدود ، ويرى الشافعى : أن الأغلب فيه حق الإنسان .

الرجوع عن الإقرار بالقصاص :

وكذلك الرجوع عن الإقرار بالقصاص لا يصح ، لأن القصاص حق خالص للإنسان فلا يحتمل الرجوع [١] .

الفرق في الرجوع بين حق الله وحق الإنسان :

والفرق بين حقوق الله وحقوق الإنسان أن حق الله تبارك وتعالى مبنى على المسامحة ، أى على المساهلة ، وهو أيضا مبنى على الدرء والستر كلما أمكن ذلك ، ولهذا يسقط بالشبهة ، وأما حق الإنسان فمبنى على المشاحة ، أى على المخاصمة والمجادلة .[٢]

---

(١) بدائع الصنائع ، جـ ٧ ، ص ٢٣٣ .

(٢) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، مبحث الإقرار ص ٢٠٢ .

الوسيلة الثانية من وسائل الإثبات : البينة

البينة حجة شرعية ووسيلة من وسائل الإثبات بإجماع العلماء ، لكن العلماء مختلفون فى المراد بها ، فهى عند جمهور العلماء مرادفة [1] للشهود ، أما عند ابن تيمية وابن القيم فلا تختص بالشهود ، بل هى أعم من هذا ، شاملة لكل ما يبين الحق ويوضحه ، قال ابن القيم : " فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة ، أو الشاهد لم يوف مسماها حقه ، ولم تأت البينة قط فى القرآن مرادا بها الشاهدان وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل ، والبرهان ، مفردة ، ومجموعة ، وكذلك قول النبى ﷺ : " البينة على المدعى " المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له ، والشاهدان من البينة ، ولا ريب أن غيرهما من أنواع البينة قد يكون أقوى منهما ، كدلالة الحال على صدق المدعى فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد [2].

لماذا خص الجمهور البينة بالشهود :

ومع أن جمهور العلماء يرون أن البينة مرادفة للشهود فإننى لم أجد – كما لم يجد بعض الباحثين من قبلى ممن كتبوا فى هذا الموضوع [3] – تعليلا لتخصيص البينة بالشهود .

---

(١) الترادف هو : اختلاف اللفظ واتحاد المعنى ، مثل أسد ، وليث ، وقسورة ، فهذه الألفاظ تفيد معنى واحدا هو الحيوان المفترس الذى له لبدة ومخالب وأنياب وشجاع .

(٢) الطرق الحكمية ، لابن القيم ص ١٤ .

(٣) أستاذنا الدكتور / أحمد عبد المنعم البهى فى كتابه : من طرق الإثبات فى الشريعة والقانون ص ٥ ، دار الفكر العربى .

ولعل الذى حدا جمهور العلماء على أن يخصوا البينة بالشهود أن البينة قد وردت فى النصوص الشرعية فى أكثر من موضع مرادا بها الشهود وحدهم ، من ذلك ما أخرجه البخارى وأبو داود ، والترمذى عن ابن عباس – رضى الله عنهما – أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبى ﷺ بشريك بن سحماء ، فقال له النبى ﷺ : " البينة أو حد فى ظهرك".

ومن المعلوم أن القرآن الكريم نص قبل هذه الحادثة على أن البينة التى تثبت بها جريمة الزنا هى أربعة شهود ، وهو قول الله عز وجل : **﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾** [1].

ومن ذلك أن النبى ﷺ اختصم إليه الأشعث بن قيس مع آخر فى بئر فقال له النبى ﷺ : " بينتك أو يمينه " وفى رواية أخرى فى نفس الواقعة أن الرسول ﷺ قال له : " شاهداك أو يمينه " ، وهذا يعد تفسيرا للفظ البينة الوارد فى الرواية الأولى [2] **، ولو لم يكن معنى البينة هو**

---

(١) سورة النور الآية رقم ٤ .

(٢) فى كثير من الأحاديث الشريفة تختلف ألفاظ الرواة عن الواقعة الواحدة ، لكنها جميعا تتفق فى المعنى ، كهذا الحديث الذى معنا ، فرواية تقول إن الرسول ﷺ قال : " بينتك أو يمينه " ورواية أخرى تقول إن الرسول ﷺ قال : " شاهداك أو يمينه " وهو نفس معنى الرواية الأولى .

وهذا دليل على جواز رواية الحديث عن رسول الله ﷺ بالمعنى لأن الصحابة – رضى الله عنهم – قد نقلوا القضية الواحدة عن رسول الله ﷺ بألفاظ مختلفة .

لكن يحسن هنا أن ننبه إلى ان علماءنا – رضى الله عنهم – احتياطا منهم فى جانب السنة الشريفة – لم يجيزوا الرواية عن رسول الله ﷺ بالمعنى ، إلا لمن كان خبيرا بالألفاظ فى لغة العرب ، ومقاصدها ، عالما بما تختلف به دلالتها ، فإن لم يكن ==

الشاهدين فى هذه القصة لما عبر راوى الحديث بلفظ : " شاهداك أو يمينه " .

ولعل الجمهور أيضا لاحظوا أن القرآن الكريم اعتبر الشهادة أساسا للإثبات فى مواضع مختلفة ، ففى البيع يقول الله عز وجل : ﴿ **وأشهدوا إذا تبايعتم** ﴾ [1] ، وفى الطلاق والرجعة يقول عز وجل : ﴿ **فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله** ﴾ [2] ، وفى الديون يقول عز وجل : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** ﴾ [3] ، وفى الوصية فى السفر يقول عز وجل : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض** ﴾ [4].

وأما ابن تيمية وابن القيم ومن وافقهما فيرون أن البينة إذا وردت فى لسان الشرع فإنما المراد بها الحجة والدليل ، ولم تأت مرادا بها الشهود وحدهم ، فإذا حملناها على الشهود فقط فإن هذا يكون تخصيصا بلا دليل

==الشخص على هذا المستوى العلمى لم يجز له أن يروى حديث رسول الله ﷺ بالمعنى . كما يحسن هنا أن ننبه أيضا إلى أن العلماء بينوا أن جواز الرواية بالمعنى بالشرط المذكور إذا كانت الرواية بالمعنى فى غير المصنفات المخصصة لرواية الحديث ، وأما المصنفات الحديثة فقد بين العلماء أنه لا يجوز التغيير فيها وإن كان موافقا للمعنى ، حفاظا على الحديث من أى نوع من التغيير .

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢ .

(٢) سورة الطلاق الآية رقم ٢ .

(٣) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .

(٤) سورة المائدة الآية رقم ١٠٦ .

يدل على التخصيص ، ويلزم من ذلك أن نكون قد حملنا كلام الشارع على غير المراد ، وهذا لا يجوز ٠

قال ابن القيم [1] : " فإنها (يعنى البينة) فى كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق كما قال تعالى : ﴿ **لقد أرسلنا رسلنا بالبينات** ﴾ [2] وقال : ﴿ **وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة** ﴾ [3] وقال : ﴿ **قل إنى على بينة من ربى** ﴾ [4] وقال : ﴿ **أو لم تأتهم بينة ما فى الصحف الأولى** ﴾ [5] وهذا كثير لم يختص لفظ البينة بالشاهدين ولا استعمل فى الكتاب فيهما ألبتة " ٠ أ٠هـ

هذا ، ومع أن جمهور العلماء يرون أن البينة مرادفة للشهود فإنهم لا يقصدون أن وسائل الإثبات منحصرة فى الشهادة ، بل إن مرادهم أن البينة إذا أطلقت لا تنصرف إلى الشهادة ، مع وجود وسائل أخرى للإثبات تكلموا عنها كالإقرار ، وعلم القاضى ، وغيرهما ، إلا أن هذه الوسائل لا تسمى عندهم بينة ، وإنما يسمونها بأسمائها [6].

والشهادة إحدى وسائل الإثبات فى النظام القضائى الإسلامى بالإجماع ، وهى فى اللغة الإخبار بصحة الشئ عن مشاهدة وعيان ، لا عن تخمين وحسبان بحق على آخر ، ولهذا قال بعض العلماء إنها مشتقة من المشاهدة التى تنبئ عن المعاينة ، وبعض آخر يرى أنها مشتقة من الشهود بمعنى الحضور ، روى أن رسول الله ﷺ قال : " الغنيمة لمن شهد الوقعة " أى حضرها ، ويقال : فلان شهد الحرب ، أو شهد قضية كذا أى حضرها ٠

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ، ص ٧٥ ٠
(٢) سورة الحديد الآية ٢٥ ٠
(٣) سورة البينة الآية ٤ ٠
(٤) سورة الأنعام الآية ٥٧ ٠
(٥) سورة طه الآية ١٣٣ ٠
(٦) من طرق الإثبات ، للدكتور أحمد البهى ، ص ١١ ، ١٢ ٠

وقد سمى الشهود بينة لحصول البيان بقولهم ، وارتفاع الإشكال بشهادتهم ، فالشهود يتبين بهم الحق أى يظهر الحق بشهادتهم ، ومن المعلوم أن تبين الحق إنما يكون بعد أداء الشهود لشهادتهم ، فهم قبل أداء الشهادة شهود ، وبعد أدائها بينة ، ولكن أيضا يسمون شهوداً بعد الأداء باعتبار ما كان ، ويسمون بينة قبل الأداء باعتبار ما يئول إليه (١).

تعريف الشهادة عند الفقهاء :

عرفها بعض فقهاء الشافعية بأنها : " إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد " ، وعرفها بعض آخر بأنها : " إخبار عن شئ بلفظ خاص " .

ويرى القليوبى أحد فقهاء الشافعية أن التعريف الثانى أولى ، لأنه يشمل مثل الشهادة برؤية الهلال ، فليس فيها إخبار بحق للغير على الغير ، قال القليوبى : ولعل اختيار الأول لأجل قولهم : والإقرار إخبار بحق لغيره عليه ، وعكسه الدعوى .

ويمكن أن نقول : إن التعريف الأول يصح أن يكون جامعا للشهادة برؤية الهلال ، لأن الذى يشهد برؤية هلال رمضان يشهد بأن الصوم وجب على العباد ، وهى شهادة بحق الله على البشر أن يصوموا رمضان ، فهى أيضا شهادة بحق للغير على الغير .

وعرفها بعض فقهاء الحنفية بأنها : " إخبار بتصديق مشروطا فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة " (٢).

---

(١) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، مبحث الإقرار ، ص ٢٠٢ ، وأنيس الفقهاء ، للشيخ قاسم القونرى ، ص ٢٣٥ ، الطبعة الأولى وحاشية الشرقاوى على شرح التحرير لزكريا الأنصارى ، جـ ٢ ، ص ٥٠٩ .

(٢) حاشية القليوبى على شرح المحلى على المنهاج النووى ، جـ ٤ ، ص ٣١٨ ، وأنيس الفقهاء ، ص ٢٣٥ ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، للرملى ، جـ ٨ ، ص ٢٩٢ .

أدلة مشروعية الشهادة :

الشهادة : حجة مظهرة للحق مشروعة بنصوص القرآن الكريـــم ، والسنة النبوية الشريفة ، وإجماع علماء الأمة الإسلامية .

فمن القرآن الكريم قول الله عز وجل : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونوا فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشـــهداء** ﴾ (١) ، وقوله عز وجل : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ (٢).

ومن السنة أخبار كخبر الصحيحين : "ليس لـــك إلا شـــاهداك أو يمينه " ، وما رواه البيهقى وغيره أن رسول الله ﷺ قال : " البينة علـــى المدعى " ، وأما خبر : "أكرموا الشهود فإن الله تعـــالى يســـتخرج بـــهم الحقوق ويدفع بهم الظلم ". فضعيف كما قاله البيهقى ، وقال الذهبى فـــى الميزان : إنه حديث منكر .

وقد أجمعت الأمة على أن الشهادة حجة مشروعة (٣).

حكـــم الشهـــادة :

يجب على القاضى أن يحكم بموجبها إذا كانت مستوفية لشروطها ، لأنها إذا كانت مستوفية لشروطها مظهرة للحق والقاضى مأمور بالقضـــاء بالحق ، قال تبارك وتعالى : ﴿ **يا داود إنا جعلنـــاك خليفـــة فـــى الأرض فاحكم بين الناس بالحق** ﴾ (٤).

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .

(٢) سورة الطلاق ، الآية رقم ٢ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٤ ، ص ٥٢٦ .

(٤) سورة ص الآية ٢٦ .

أداء الشهادة :

أداء الشهادة فرض كفاية على من علمها ، فإن تعينت عليه لزمه القيام بها ، وإن قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها القاضي ، فإن كان قد تحملها جماعة فأداؤها واجب على الكل ، فإذا امتنعوا أثموا جميعا كسائر فروض الكفايات .

ودليل وجوبها قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا** ﴾ [(١)]، فقد نهى الله تبارك وتعالى عن الإباء عند الدعاء للشهادة ، وهذا أمر بالحضور عند الدعاء ، وقوله تعالى : ﴿ **ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه** ﴾ [(٢)] ، وهذا وعيد من الله عز وجل ، واستحقاق الوعيد بترك الواجب . وقوله عز وجل : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما** ﴾ [(٣)] وفى الآية الأخرى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى** ﴾ [(٤)].

ولأن الشهادة أمانة فيلزمه أداؤها عند طلبها ، قال تعالى : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** ﴾ [(٥)].

ومعنى أن الشهادة فرض على الكفاية ، أنه إذا أدى الشهادة البعض من الناس سقط الفرض عن الباقين ، لأنه إذا أبى جميع الناس أن يؤدوا الشهادة أدى هذا إلى إضاعة الحقوق ، وإذا أجاب الناس كلهم إليها أدى هذا

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ .
(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٣ .
(٣) سورة النساء الآية ١٣٥ .
(٤) سورة المائدة الآية ٨ .
(٥) سورة النساء الآية ٥٨ .

إلى تضييع الأعمال ، فصارت لهذا فرضا على الكفاية [1] ، فإذا عجز عن أدائها أو كان سيلحقه ضرر فى بدنه أو ماله ، أو أهله ، أو عرضه فقد أفتى بعض العلماء بأنها لا تجب عليه [2] ، لقول الله عز وجل : ﴿ **ولا يضار كاتب ولا شهيد** ﴾ [3].

يجب أداؤها عند الطلب :

يجب أداء الشهادة إذا طلبها المدعى ، لأنها حقه ، فتتوقف على طلبه كسائر الحقوق ، وإذا كان صاحب الحق لا يعلم بها ، وخاف الشاهد فوت الحق على صاحبه ، فيرى فريق من العلماء أن أداء الشهادة حينئذ مندوب وليس واجبا ، وقال فريق آخر : يجب عليه أن يشهد بلا طلب من صاحب الحق ٠

أما الذين يرون أن الأداء للشهادة حينئذ مندوب وليس فرضا ، فقد استدلوا لرأيهم بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا** ﴾ [4]، فإن الله تبارك وتعالى فرض أداء الشهادة إذا دعى الشهداء إلى الأداء ، فإذا لم يدع الشاهد إلى الأداء كان الأداء ندبا لما روى أن رسول الله ﷺ قال : " خير الشهود الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها " ٠

وأما أصحاب الرأى القائل بالوجوب ـ وهو الصحيح ـ فيستندون إلى ما ثبت عن الرسول ﷺ من قوله : " انصر أخاك ظالما أو مظلوما " ، فقد تعين أن ينصره بأداء الشهادة التى هى عنده ، إحياء لحقه الذى يكاد أن يضيع عليه [5] ٠ وهذا فى حقوق الناس ٠

---

(١) أحكام القرآن ، لابن العربى ، القسم الأول ص ٢٥٦ ٠
(٢) المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٥٧ ، ١٥٨ ، وكشاف القناع ، جـ ٦ ، ص ٤٠٠ ٠
(٣) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ ٠
(٤) سورة البقرة الآية ٢٨٢ ٠
(٥) أحكام القرآن ، لابن العربى ، القسم الأول ص ٢٥٧ ٠

أما فى حقوق الله تبارك وتعالى ــ وهى كل مـــا ليـــس للمكلـــف إسقاطه [١] ــ فيجب أداء الشهادة فيها بلا طلب من أحد ، وقـــد اســـتثنى العلماء من حقوق الله عز وجل الحدود ، فبينوا أن الشاهد فى الحدود بيـــن الستر والإظهار ، لأن إقامة الحدود حسبة ، والستر على المسلم حســـبة ، والستر أفضل ، لقول رسول الله ﷺ للذى شهد عنده : " لو سترته لكـــان خيرا لك " ، وقوله ﷺ : " من ستر على مسلم ستر الله عليه فـــى الدنيـــا والآخرة " ، وقد صح أن النبى ﷺ عرض لماعز بالرجوع عن الإقـــرار بالزنا وسأله عن حاله سترا عليه ، وكفى به عليه الصلاة والســـلام قـــدوة لنا ، والنصوص القرآنية التى أمرت بأداء الشهادة محمولة على الشهادة فى حقوق الإنسان ، بدليل السياق فى قوله تعالى : ﴿ **ولا يأب الشهداء إذا مـا دعوا** ﴾ [٢] ، وقوله سبحانه : ﴿ **ولا تكتموا الشهادة** ﴾ [٣] ، فـــإن هـــذه النصوص الكريمة جاءت فى سياق الكلام عن الديون بين العباد ، وقـــال العلماء ، إن الستر والكتمان إنما يخرم لخوف فوت حق المدعى المحتـــاج إلى إحياء حقه من الأموال وذلك فى حق العباد ، وأما الحدود فهى حقـــوق الله تبارك وتعالى وهو ــ عز وجل ــ موصوف بالغنى والكرم وليس فيـــه فوت فى حقه ، فلهذا جاز للشاهد أن يختار جانب الستر فى الحدود [٤] .

لكن العلماء قالوا فى السرقة : يجب على الشاهد أن يشهد بالمـــال فيقول : فلان أخذ المال ، لكى يحفظ حق المسروق منه ، ولا يقول : فلان سرق ، لكى يصون يد السارق عن القطع ، وبهذا يكون قد جمع بين الستر والإظهار [٥] .

---

(١) كالطلاق والرضاع ، والعتق ، والوقف على مسجد أو مدرسة ، ونحوهما .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٣ .

(٤) أنيس الفقهاء ص ٢٣٦ .

(٥) اللباب لعبد الغنى الغنيمى ، فى شرح الكتاب لأحمد بن محمـــد القـــدورى ، جـــ ٤ ، ص ٥٤ ، ٥٥ .

ويعجبني في هذا تقسيم بعض العلماء ــ كسليمان الباجي ، وابــــن فرحون من كبار فقهاء المالكية المشتهرين ــ لحقوق الله تبــارك وتعــالى بالنسبة لأداء الشهادة ، فقد قسمها هذا البعض إلى قسمين :

أحدهما : قسم لا يستدام فيه التحريم .

والثاني : قسم يستدام فيه التحريم .

فأما القسم الذي لا يستدام فيه التحريم مثل الزنا ، وشرب الخمــر ، وما أشبه ذلك ، فلا يضر الشاهد تركه لأداء الشهادة ، والتعليل لهذا الحكــم أنه بهذا العمل قد ستر على مرتكب الفعل ، والستر في مثل ذلك جائز ، بل مستحب ، لقول رسول الله ﷺ لهزال في قضية مــاعز الــذي اعــترف للرسول ﷺ بالزنا : " هلا سترته بردائك " ، وإن كان ابن رشد قد أشــار إلى أن هذا الحكم في حق من يندر منه مثل هذه الأفعال ، وأمــا الإنســان الذي يكثر منه وقوع مثل هذه الأفعال وعلم أنه مشــتهر ولا ينفــك عنــه فينبغي أن يشهد عليه وأن يبلغ الحاكم بما ارتكبه من جريمة .

وأما القسم الذي يستدام فيه التحريم ، وذلــك كــالطلاق ، والخلــع والرضاع ، والعتق ، والعفو عن القصاص ، وتملك المساجد ، والقنــاطر والطرق ، وما أشبه ذلك فإنه يلزمه أن يخبر بشهادته وأن يبلغ الحاكم بمــا علمه .

وصرح بعض المالكية : بأنه إذا لم يؤد الشهادة في هذا النوع مــن حقوق الله تبارك وتعالى ، فإن ذلك يعد تجريحا له ، فلا يصلح للشهادة بعد ذلك ، لأن سكوته عن ذلك بعدم أدائه للشهادة جرحة في حقه إلا إذا ثبــت أنه كان له عذر في عدم القيام بأداء الشهادة [١].

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون ، جــ ١ ، ص ٢٠٦ ، بهامش فتح العلي المالك ، والمنتقى شرح موطأ مالك ، جــ ٥ ، ص ١٨٨ .

وبان مما سبق أن الستر على المسلم فى حقوق الله أفضل ، لحث رسول الله ﷺ على ذلك .

وبين العلماء أن الستر مندوب وليس واجبا ، فلو رفعه إلى الحاكم كان متعاطيا لأمر من الأمور الجائزة فلا يكون مرتكبا لإثم ، والدليل على ذلك أن الرسول ﷺ لم يوجه لوما إلى هزال فى قصة ماعز ، ولا أبان له أنه ارتكب إثما ، بل حرضه على أنه كان ينبغي له أن يستره .

قال الصنعانى بعد أن بين ذلك [١] : " فإن علم أنه تاب وأقلع حرم عليه ذكر ما وقع فيه ووجب عليه ستره وهو فى حق من لا يعرف بالفساد والتمادى فى الطغيان ، وأما من عرف بذلك فإنه لا يستحب الستر عليه ، بل يرفع أمره إلى من له الولاية إذا لم يخف من ذلك مفسدة ، وذلك لأن الستر عليه يغريه على الفساد ويجرئه على أذية العباد ، ويجرئ غيره من أهل الشر والعناد ، وهذا بعد انقضاء فعل المعصية ، فأما إذا رآه وهو فيها فالواجب المبادرة لإنكارها والمنع منها مع القدرة على ذلك ، ولا يحل تأخيره ، لأنه من باب إنكار المنكر لا يحل تركه مع الإمكان " .

وقال الصنعانى بعد ذلك : " وأما إذا رآه يسرق مال زيد فهل يجب عليه إخبار زيد بذلك أو ستر السارق ؟ " وأجاب عن هذا السؤال بقوله : "الظاهر أنه يجب عليه إخبار زيد وإلا كان معينا للسارق منه على الإثم ، والله تعالى يقول : ﴿ **ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** ﴾ [٢].

ولما بين العلماء أن الستر مندوب ، بينوا أن الشهادة تكون خلاف الأولى ، قال الكمال بن الهمام : " وإذا كان الستر مندوبا إليه ينبغي أن

---

(١) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١٦٩ .

(٢) سورة المائدة الآية ٢ .

تكون الشهادة به خلاف الأولى التى مرجعها إلى كراهة التنزيه ، لأنها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك " ثم قال الكمال بن الهمام : " وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به ، بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها ، لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم ، فإذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا ، والشرب ، وعدم المبالاة به ، وإشاعته ، فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة ، احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك ، فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود ، بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه ، فإنه محل استحباب ستر الشاهد " [1].

وإذا كان الستر جائزا فى حقوق الله بالنسبة إلى الشهود فهو جائز أيضا بالنسبة إلى مرتكب فاحشة ، كالزنا والخمر . كما بين الغزالى ، فقد قسم الغزالى الكذب إلى واجب ومباح ومحرم ، وقال : " إن كل مقصود محمود يمكن التوصل إليه بالصدق والكذب جميعا فالكذب فيه حرام ، وإن أمكن التوصل إليه بالكذب وحده فمباح إن أنتج تحصيل ذلك المقصود . وواجب إن وجب تحصيل ذلك . وهو إذا كان فيه عصمة من يجب إنقاذه ، وكذا إذا خشى على الوديعة من ظالم وجب الإنكار والحلف ، وكذا إذا كان لا يتم مقصود حرب أو إصلاح ذات البين أو استمالة قلب المجنى عليه إلا بالكذب فهو مباح ، ثم قال : وكذا إذا وقعت منه فاحشة كالزنا وشرب الخمر وسأله السلطان فله أن يكذب ويقول : ما فعلت ، ثم قال :

---

(١) فتح القدير ، للكمال بن الهمام ، جـ ٥ ، ص ٢١٤ .

" وينبغى أن تقابل مفسدة الكذب بالمفسدة المترتبة على الصدق ، فإن كانت مفسدة الصدق أشد فله الكذب ، وإن كانت بالعكس أو شـك فيـها حـرم الكذب ، وإن تعلق بنفسه استحب أن لا يكذب ، وإن تعلق بغيره لم تحسـن المسامحة بحق الغير ، والجزم تركه حيث أبيح " [1].

لا يجوز الشهادة إلا بما علمه الإنسان :

قال العلماء : إنه لا تجوز الشهادة إلا بما يعلمه الإنسان ، لقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **إلا من شهد بالحق وهم يعلمون** ﴾ [2] ، وقوله تبارك وتعالى : ﴿ **ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كـل أولئك كان عنه مسئولا** ﴾ [3].

ويذكر بعض العلماء فى هذا المقام حديثا مرويا عن ابن عبـاس ــ رضى الله تعالى عنهما ــ ، أخرجه ابـن عـدى بإسـناد ضعيـف ، أن النبى ﷺ قال لرجل : ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشـهد أو دع " ، لكن ابن حجر العسقلانى أحد كبار علماء الحديث ضعف هـذا الحديث ، مع تصحيح الحاكم له ، فقرر أن الحاكم أخطأ فى تصحيح هـذا الحديث ، لأن فى إسناده محمد بن سليمان بـن مشـمول ، وقـد ضعفـه النسائى، وقال البيهقى : لم يرو من وجه يعتمد عليه [4].

---

(١) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ٢٠٢ .

(٢) سورة الزخرف ، الآية ٨٦ ، والآية بتمامها : ﴿ **ولا يملك الذين يدعـون مـن دونـه الشفاعة إلا من شهد بالحق وهم يعلمون** ﴾ .

(٣) سورة الإسراء ، الآية رقم ٣٦ .

(٤) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٣٠ ، وكشاف القناع ، جـ ٦ ، ص ٤٠٢ .

مدرك العلم الذى تقع به الشهادة :

مدرك العلم الذى تقع به الشهادة اثنان :

١ ـــ الرؤية ٠

٢ ـــ السماع ٠

وما عدا ذلك من مدارك العلم ، كالشم والذوق ، واللمس ، لا حاجة إليها فى الشهادة فى الأغلب ٠

فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال ، مثل الغصب ، والإتلاف ، والزنــا ، وشرب الخمر ، وسائر الأفعال ، وكذلك الصفات المرئية ، كالعيوب فـــى البيع ونحوها ، فهذا لا تتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية ، لأن الشهادة عليـــه ممكنة قطعا ، فلا يرجع إلى غير ذلك ٠

وأما السماع فنوعان :

أحدهما : السماع من المشـــهود عليـــه ، مثـــل العقـــود كـــالبيع ، والإجارة ، والرهن ، وغير ذلك من الأقوال ، فلابد مـــن ســـماع كـــلام المتعاقدين ، ولكن هل لابد من رؤية المتعاقدين أم يكفى سماع صوتيـــهما من غير رؤية :

يرى بعض العلماء : أنه لا تجوز الشـــهادة إلا إذا شـــاهد الشـــاهد المشهود عليه ، وهذا ما يراه أبو حنيفـــة ، والشـــافعى ، لأن الأصـــوات تتشابه ، فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية ، كالشهادة على الخط ٠

ويرى فريق آخر من العلماء : أنه لا يشترط رؤية المتعـــاقدين إذا عرفهما الشاهد وتيقن كلامهما ، وهذا ما يراه ابن عبـــاس ، والزهـــرى ، وربيعة ، والليث بن سعد ، وشريح ، وعطاء ، وابن أبى ليلى ، ومـــالك ، والحنابلة ، لأن الشاهد عرف المشهود عليه يقينا فجازت شهادته عليه كمـــا

لو كان رآه ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقينا ، وقد يحصل العلم بالسماع يقينا ، وقد ثبت أن الشرع اعتبره ، فإنه من الجائز رواية الحديث الشريف من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى للحديث ، ورواية الذين رووا الحديث عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن ، فإنهم رووا عنهن الحديث من غير رؤية لهن ، لأن مخاطبة الرجال الأجانب لزوجات الرسول ﷺ لا تجوز إلا من وراء حجاب ، قال تبارك وتعالى : ﴿ وإذا **سألتموهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب** ﴾ [1].

النوع الثانى من السماع : ما يعلمه بالاستفاضة :

وقد اتفق العلماء على صحة الشهادة بالاستفاضة فى النسب ، والولادة قال ابن المنذر : أما النسب فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به ، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعا بغيره ، ولا يمكن المشاهدة فيه ، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمهَ ولا أحدا من أقاربه .

واختلف العلماء فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة ، فيرى الحنابلة وبعض فقهاء الشافعية : أن الشهادة بالاستفاضة تجوز على تسعة أشياء : الزوجية ، والملك المطلق ، أى الذى لم يبين له سبب من عقد أو غيره ، والوقف ومصرفه ، والموت ، والعتق ، والولاء [2] ، والولاية ، والعزل ، لأن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها فى

---

(١) سورة الأحزاب ، من الآية رقم ٥٣ .

(٢) إذا أعتق السيد عبده أو جاريته ، نشأت علاقة بينهما تسمى الولاء ، وهى علاقة أشبه بعلاقة النسب ، لقول الرسول ﷺ : " الولاء لحمة كلحمة النسب ، " فتعطى للسيد حق ثبوت ميراث العبد الذى أعتقه ، أو الجارية التى أعتقها إذا لم يكن للعبد أو الجارية من يرثه ، أو وجد من يرثه لكنه لم يستغرق نصيبه كل التركة .

الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها ، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب .

ويرى بعض آخر من فقهاء الشافعية : أنه لا تجوز الشهادة بالاستفاضة في الوقف ، والولاء ، والعتق ، والزوجية ، لأن الشهادة ممكنة فيها بالقطع ، فإنها شهادة بعقد ، فتكون كالشهادة على سائر العقود : ويرى أبو حنيفة أن الشهادة بالاستفاضة لا تقبل إلا في الزواج ،والموت ولا تقبل في الملك المطلق ، لأنها شهادة بمال فهي أشبه بالدين .

وقد رد ابن قدامة على بعض فقهاء الشافعية الذي يرى عدم جواز الشهادة بالاستفاضة في الوقف ، والولاء ، والعتق ، والزوجية ، بأن الشهادة هنا ليست بالعقود ، وإنما الشاهد يشهد بالوقف الحاصل بالعقد ، فهو بمنزلة الملك ، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد ، وكذلك الحرية ، والولاء ، وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك [1] .

بم تحصل الاستفاضة ؟

يرى الهادوية إحدى فرق الزيدية : أن الاستفاضة شهرة في المحلة تثمر ظنا أو علما [2] . وعند بعض فقهاء الحنابلة أن الاستفاضة تحصل بكثرة الإخبار بالأمر الذي يشهد عليه ، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، وعند بعض آخر من فقهاء الحنابلة ، وهو قول المتأخرين من فقهاء الشافعية أنه يكفي أن يسمع الشاهد من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما ، لأن الحقوق تثبت بقول اثنين ، وقد رجح ابن قدامة أن الاستفاضة تحصل بكثرة الإخبار بالأمر الذي يشهد عليه ويسمعه من عدد

---

(١) المغني ، جـ ٩ ، ص ١٦١ ، ١٦٢ .

(٢) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١٣٠ .

كثير يحصل به العلم ، معللا هذا : بأنه هو الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة ، فإنها مأخوذة من فيض الماء لكثرته [1].

هل يشترط لفظ الشهادة عند الأداء :

اشترط الحنفية فى كتبهم [2] ، وكذا الشافعية [3] ، والحنابلة [4] أن تؤدى الشهادة بلفظ أشهد ، ونقل ابن القيم [5] الفقيه الحنبلى المشهور أن مذهب مالك رحمه الله ، وأبى جعفر وظاهر كلام أحمد بن حنبل ، أنه لا يشترط فى صحة الشهادة لفظ أشهد ، بل متى قال الشاهد : رأيت كذا ، أو سمعت ونحو ذلك ، كانت شهادة منه ٠

وصرح المالكية بأنه لا يشترط فى أداء الشهادة صيغة معينة ، فتصح بكل ما يدل على حصول علم الشاهد بالأمر الذى يشهد به ، كقوله رأيت كذا ، و سمعت كذا ٠[6]

وكذلك يرى ابن تيمية : أنه لا يشترط لفظ الشهادة حتى تصح ٠ فكل من أخبر بشئ فقد شهد به وإن لم يتلفظ بلفظ أشهد ، قال ابن تيمية : اشتراط لفظ الشهادة لا أصل له فى كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، ولا قول أحد من الصحابة ، ولا يتوقف إطلاق لفظ الشهادة لغة على ذلك [7].

---

(١)المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٦٢ ٠

(٢)بدائع الصنائع ، جـ ٩ ، ص ٤٠٢٩ ، والهداية جـ ٣ ، ص ١١٨ ٠

(٣)مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٥٣ ٠

(٤) كشاف القناع ، جـ ٦ ، ص ٤٠٤ ٠

(٥)إعلام الموقعين ، لابن القيم ، جـ ١ ، ص ٧٥ ٠

(٦)الشرح الصغير لأحمد الدردير ، جـ ٢ ، ص ٣٤٨ ٠

(٧) إعلام الموقعين ، لابن القيم ، جـ ١ ، ص ٧٥ ، والاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ، ص١٩٦ ، والمغنى جـ ٩ ، ص ٢١٦ ، وفتح القدير لابن الهمام جـ ٧ ، ص ٣٧٦ ، والطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٣٩ ، ونهاية المحتاج للرميلى جـ ٨ ، ص ٢٩٢ ٠

وفى كتب الحنفية نجد تعليلا لاشتراط لفظ الشهادة بأن الأمر بالشهادة فى النصوص القرآنية والحديثية جاء بلفظ الشهادة ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ (١)، وقال تعالى : ﴿ **وأشهدوا إذا تبايعتم** ﴾ (٢)وقال تعالى : ﴿ واستشهدوا **شهيدين من رجالكم** ﴾(٣) ، وقال تعالى : ﴿ **فاستشهدوا عليهن أربعة منكم** ﴾ (٤)، وقال تعالى : ﴿**وأقيموا الشهادة لله** ﴾ (٥)، وذكروا هنا أيضا حديثا ضعفه بعض علماء الحديث وهو حديث " إذا رأيت مثل الشمس فاشهد " .

وحاصل هذا : أن النصوص وردت بلفظ الشهادة ، وهنا يمكن أن يثار اعتراض على هذا الاستدلال بأن غاية ما هناك أن النصوص وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة ، كما قال تعالى : ﴿ **وربك فكبر** ﴾ (٦)، وكما جاء فى السنة فى تكبير افتتاح الصلاة قوله ﷺ : " تحريمها التكبير " ، ومع ذلك فإن أبا حنيفة لم يشترط فى تكبيرة الإحرام لفظ التكبير (٧) فمن أين لزم فى الشهادة ؟ .

وقد أجاب الكمال بن الهمام عن هذا الاعتراض : بأنه يوجد فرق معنوى ، هو أن لفظة الشهادة أقوى فى إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن ، لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التى مرجعها الحس ، ولأنها من ألفاظ الحلف ، فالامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أظهر بخلاف التكبير فإنه للتعظيم ، وليس لفظ أكبر أبلغ من لفظ أجل ، أو لفظ أعظم ، فكانت الألفاظ سواء ، فلم يثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر (٨).

---

(١) سورة الطلاق من الآية ٢ .
(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .
(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .
(٤) سورة النساء الآية ١٥ .
(٥) سورة الطلاق الآية ٢ .
(٦) سورة المدثر الآية ٣ .
(٧) تكبيرة الإحرام عند أبى حنيفة من فروض الصلاة ، وليست ركنا من أركانها ، فتح القدير لابن الهمام مع شرح العناية على الهداية ، للبابرتى جـ ١ ، ص ٢٧٤ .
(٨) فتح القدير جـ ٦ ص ٣٧٦ .

وأما ابن قدامة ، الفقيه الحنبلى الشهير ، فقد علل لاشتراط لفظ الشهادة بأمرين :

الأمر الأول : أن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة ، فلابد من الإتيان بفعلها المشتق منها .

الأمر الثانى : أن لفظة الشهادة فيها معنى لا يحصل فى غيرها من اللفظات ، بدليل أنها تستعمل فى اليمين فيقال : أشهد بالله ، ولهذا تستعمل فى اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها من الألفاظ [1].

ونرى : أن الرأى القائل بعدم اشتراط لفظ أشهد أولى بالترجيح ، ونقول مع ابن القيم : " ليس فى كتاب الله تعالى ، ولا سنة رسول الله ﷺ موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة ، ولا ورد ذلك من أحد من الصحابة ، ولا ورد فى القياس والاستنباط ما يقتضى ذلك ، بل الأدلة المتظاهرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ، ولغة العرب تنفى ذلك ، قال الله تعالى : ﴿ **قل هلم شهداءكم الذين يشهدون** أن الله **حرم هذا**﴾ [2] الآية ، ومعلوم أنه ليس المراد التلفظ بلفظ أشهد فى هذا المحل ، بل لمجرد الإخبار بتحريمه ، وقال تعالى : ﴿ **لكن الله يشهد بما أنزل إليك أنزل بعلمه** ﴾ [3] ، ولا يتوقف صحة ذلك على أن يقول سبحانه : أشهد ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ **شهد الله أنه لا إله إلا هو** ﴾ [4]الآية ، وقال تعالى : ﴿**والله يشهد إنهم لكاذبون** ﴾ [5]وقال تعالى : ﴿ **ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة إلا من شهد بالحق** ﴾ [6]أى أخبر به وتكلم به عن علم، وقال تعالى : ﴿ **وشهد شاهد من أهلها** ﴾ [7]، وقال تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا كونو قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم** ﴾ [8] ...

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٢١٦ .
(٢) سورة الأنعام الآية ١٥٠ .
(٣) سورة النساء الآية ١٦٦ .
(٤) سورة آل عمران الآية ١٨ .
(٥) سورة الحشر الآية رقم ١١ .
(٦) سورة الزخرف الآية ٨٦ .
(٧) سورة يوسف الآية ٢٦ .
(٨) سورة النساء الآية ١٣٥ .

على نفسه لا يقول أشهد ، وسمى ذلك شهادة ، ولا يفتقر صحة الإسلام إلى أن يقول الداخل فى الإسلام أشهد أن لا إله إلا الله ، بل لو قال : لا إله إلا الله ، محمد رسول الله كفى ، وقال تعالى : ﴿ **واجتنبوا قول الزور حنفاء لله غير مشركين به** ﴾ [1]، وقال عليه الصلاة والسلام : " عدلت شهادة الزور الإشراك بالله " ، وقال عليه الصلاة والسلام : " إلا أنبئكم بأكبر الكبائر الشرك بالله ، وقتل النفس التى حرم الله ، ألا وقول الزور " فسمى قول الزور شهادة ، وقال ابن عباس : " شهد عندى رجال مرضيون وأرضاهم عندى عمر أن النبى ﷺ نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ، وبعد الصبح حتى تطلع الشمس " ، ومعلوم أن عمر بن الخطاب لم يقل لابن عباس : أشهد عندك ، ولكن أخبره ، فسمى ذلك شهادة ، فاشتراط لفظ الشهادة لا أصل له فى الكتاب ولا فى السنة ، ولا فى عمل السلف الصالح " أ.هـ

ويرى ابن فرحون : أن مما يؤيد ما نقله ابن قيم الجوزية عن مذهب المالكية وهو عدم اشتراط لفظ الشهادة ، ما ذكره ابن بطال ، فى المقنع عن أصبغ قال : لقد حضرت ابن وهب ومن معه من الفقهاء عند القاضى العمرى ، فكان كاتب القاضى يقرأ على القاضى شهادة الشاهد بمحضر الشاهد ، ثم يقول للشاهد : هذه شهادتك ، فإذا قال نعم ، قبل ذلك منه ، فقول الشاهد نعم ليس هو إنشاء للشهادة ، وقد اكتفى به الشاهد [2].

شروط الشاهد :

شروط الشاهد إما أن تكون شروطا فى تحمله الشهادة أى ساعة مشاهدة الحدث ، أو تكون شروطا فى أدائها ، فأما شروط التحمل فثلاثة شروط :

---

(١) سورة الحج الآية ٣١ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ .

الشرط الأول : أن يكون عاقلا وقت التحمل ، فلا يحصل التحمل من المجنون والصبى الذى لا يعقل ، لأن تحمل الشهادة ما هو إلا فهم للحادثة وضبطها ، وهذا لا يحصل إلا بوجود آلة الفهم والضبط ، وهى العقل ٠

الشرط الثانى : يرى الحنفية اشتراط البصر وقت التحمل فلا يصح تحمل الشهادة من الأعمى ، ويرى الشافعى : أن البصر ليس شرطا لصحة التحمل ، ولا لصحة الأداء ٠

التعليل لرأى الحنفية :

أما الحنفية فقد عللوا لرأيهم : بأن الشرط فى الشهادة هو سماع الشاهد من الخصم لأن الشهادة تقع له ، ولا يعرف الشاهد كونه خصما إلا بالرؤية ، لأن النغمات يشبه بعضها بعضا ٠

التعليل لرأى الشافعية :

وأما التعليل لرأى الشافعى فهو أن الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به ، وذلك يحصل بالسماع ، وللأعمى سماع صحيح ، فيصح تحمله الشهادة ، ويقدر على الأداء بعد التحمل [1] ، وسنعود إن شاء الله تعالى إلى الكلام عن شهادة الأعمى بتفصيل عند الكلام عن شروط الأداء ٠

الشرط الثالث من شروط التحمل : أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس ، مثل الزواج ، والنسب ، والموت ، فله تحمل الشهادة

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٦٦ ، وفتح القدير جـ ٧ ص ٣٧٦ ٠

فى هذه الأشياء بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه ، لأن مبنى هـذه الأشياء على الاشتهار ، فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة ، فالزواج مثـلا من شأنه أن يعلمه الكثير من الناس كبيرهم وصغيرهم ، وكذلك النسـب ، والموت ، فتشيع أخبار أمثال ما ذكرنا بخلاف الحال فى عقد بيع مثـلا ، فقد لا يعلمه إلا طرفا العقد والشاهدان ، ولا يتسامع به النـاس ، وكذلـك الأمر فى قرض أو رهن وأشباه ذلك ، من الأمور التى ليست مما يتسـامع به الناس عادة ، فلابد فيها من معاينة المشهود بنفسه .

لا يشترط فى التحمل الإسلام والحرية والعدالة :

ولا يشترط فى التحمل الإسلام والحرية والعدالة ، وإنما هى شروط فى الأداء ــ كما سنبين بعد ذلك ــ فلو كان وقت التحمل كافرا ، أو عبدا ، أو فاسقا ، ثم بلغ الصبى ، وعتق العبد ، وأسلم الكافر ، وتاب الفاسـق ، فأدوا الشهادة عند القاضى فإن شهادتهم تقبل [1].

الشرط الأول : الإسلام فى الشهادة على المسلمين ، قـال تبـارك وتعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ [2] ، والكافر ليس عدلا ، وليـس منا ، وأيضا فإن الكافر أفسق الفساق ، ويكذب على الله تعالى ، فلا يؤمـن الكذب منه على خلقه ، وهنا نحب أن نتكلم عن مسألتين : شـهادة غـير المسلمين بعضهم على بعض ، وشهادتهم على المسلمين فى الوصية فـى السفر .

شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض :

يحسن هنا قبل حكاية آراء العلماء فى هذه المسألة أن نبين أن كـل من لا يدين بدين الإسلام يعد كافرا ، سواء أكان يدين بدين سماوى سـابق للإسلام كاليهودية أو النصرانية ، أو لا يدين بدين سماوى بل بديـن مـن

---

(1) بدائع الصنائع جـ ١ ص ٢٦٦ .

(2) سورة الطلاق ، الآية رقم ٢ .

الأديان التى اخترعها البشر كالهندوسية والبوذية وغيرهما أو لا يدين بأى دين ، لا سماوى ولا غيره كالشيوعيين ومن لا يعتقدون فى أى دين • قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين** ﴾ (١) ، وقد سمى الله تبارك وتعالى الكتابيين والمشركين كفارا فى قوله عز وجل : ﴿ **لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة** ﴾ (٢) • وقال تعالى : ﴿ **لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة** ﴾ (٣) ، وقال تعالى ﴿ **لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح بن مريم** ﴾ (٤) •

وإذا ما وضح هذا نقول : للعلماء فى هذه المسألة ثلاثة آراء :

الرأى الأول : لا تجوز شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ولو كانوا أتباع ملة واحدة ، كشهادة النصرانى على النصرانى ، واليهودى على اليهودى ، وهذا الرأى يراه الشافعى ﷺ وهو الرواية القوية عن أحمد •

الرأى الثانى : تجوز شهادة بعضهم على بعض ، ولو كانوا أتباع ملل مختلفة ، ونقل هذا الرأى عن نافع مولى ابن عمر ، والشعبى ، والزهرى ، فى إحدى روايتين ، ويراه شريح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وعمر بن عبد العزيز •

الرأى الثالث : لا تجوز شهادتهم على بعضهم إلا إذا كانوا أتباع ملة واحدة ، فلا تجوز شهادة النصرانى على اليهودى ، ولا العكس ، وهو رواية أخرى عن الزهرى ، وروى هذا الرأى عن الحسن البصرى ، وعطاء ، وغيرهم •

---

(١) سورة آل عمران الآية رقم ٨٥ •
(٢) سورة البينة الآية رقم ١ •
(٣) سورة المائدة الآية رقم ٧٣ •
(٤) سورة المائدة الآية رقم ١٧ •

أدلة القائلين بشهادتهم ولو اختلفت مللهم :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك** ﴾ (١) ، فأخبر الله عز وجل أن منهم الأمين على هذا القدر الكبير من المال ، مع من على غير ملته فيؤديه له ، ولا يخون هذه الأمانة ، ولا ريب أن يكون مثل هذا أمينا على قرابته وذوى ديانته أولى .

ثانيا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **والذين كفروا بعضهم أولياء بعض** ﴾ (٢) ، فأثبت لهم الولاية على بعضهم بعضا ، والولاية أعلى رتبة من الشهادة ، وغاية الشهادة أن نشبهها بالولاية .

ثالثا : إذا كان للكافر حق تزويج ابنته وأخته ، وله الولاية على مال أولاده ، فقبول شهادته عليهم أولى وأحرى .

رابعا : ثبت أن رسول الله ﷺ حكم بشهادتهم فى الحدود ، عندما جاءه اليهود برجل وامرأة زنيا ، فأقام الحد عليهما بقول اليهود ، ولم يسأل اليهودى واليهودية ولا طلب اعترافهما وإقرارهما ، قالوا : وهذا ظاهر سياق القصة بجميع طرقها ، ولا يوجد فى أى طريق منها ألبتة أنه رجمهما بإقرارهما ، مع أننا نجد أنه لما أقر ماعز بن مالك والغامدية اتفقت جميع طرق الحديثين على ذكر الإقرار .

خامسا : أجاز الله تبارك وتعالى ، شهادة الكفار على المسلمين فى السفر فى الوصية للحاجة ، ومعلوم أن حاجة الكفار إلى قبول شهادة بعضهم على بعض أعظم بكثير من حاجة المسلمين إلى قبول شهادتهم

---

(١) سورة آل عمران الآية رقم ٧٥ .

(٢) سورة الأنفال ، الآية رقم ٧٣ .

ـبهم ، فإن الكفار يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات من المداينـــات ، وعقود المعاوضات ، وغيرها ، وتقع بينهم الجنايات ، وعـدوان بعضـــهم على بعض ، لا يحضرهم في الغالب مسلم ، ويتحاكمون إلينا ، فلو لم تقبل شهادة بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى تظالمهم ، وضياع حقوقهم ، وفي ذلك فساد كبير ، فأين الحاجة إلى قبول شهادتهم في السفر على المســلمين من الحاجة إلى قبول شهادة بعضهم على بعض في السفر والحضر؟

سادسا : الكافر قد يكون عدلا في دينه بين قومه ، صادق اللهجـــة عندهم ، فلا يمنعه كفره من قبول شهادته عليهم إذا ارتضوه ، قالوا : وقـد رأينا كثيرا من الكفار يصدق في حديثه ، ويؤدي أمانته ، بحيث يشار إليـه في ذلك ، ويشتهر به بين قومه وبين المسلمين ، بحيث يسكن القلب إلـــى صدقه ، وقبول خبره وشهادته ما لا يسكن إلى كثير من المنتســـبين إلـــى الإسلام .

سابعا : أباح الله تبارك وتعالى معاملتهم وأكل طعامهم ، والـــزواج بنسائهم ، وذلك يستلزم الرجوع إلى أخبارهم قطعا .

فإذا جاز لنا أن نعتمد على خبرهم فيما يتعلق بنا في الأعيان التـــي تحل وتحرم ، فلأن نرجع إلى أخبارهم بالنسبة لما يتعلق بهم مـــن ذلـــك أولى .

فإن قيل : هذا للحاجة الداعية إلى ذلك ، قلنا : وذلك أشد حاجة .

ثامنا : أمر الله تبارك وتعالى بالحكم بينهم إما إيجابا وإما تخييرا ، الحكم إما أن يكون بالإقرار ، وإما أن يكون بالبينة ، ومن المعلوم أنـــهم ـع إقرار المدعى عليه لا يرفعون إلينا قضاياهم ولا يحتاجون إلى الحكـــم

غالبا ، وإنما يحتاجون إلى الحكم عند التجاحد وإقامة البينة ، وهم فى الغالب لا تحضرهم البينة من المسلمين ، ومن المعلوم أن الحكم بينهم مقصوده العدل ، وإيصال كل ذى حق منهم إلى حقه ، فإذا غلب على الظن صدق مدعيهم بمن يحضره من الشهود الذين يرتضونهم ولاسيما إذا كثروا فالحكم بشهادتهم أقوى من الحكم بمجرد نكول المدعى عليه أو اليمين .

الاستدلال للرأى القائل بعدم قبول شهادة الكافر على الكافر ولو اتحدت الملة :

يمكن أن يعتمد رأيهم على الأدلة الآتية :

أولا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ ، وقوله تبارك وتعالى : ﴿ **ممن ترضون من الشهداء** ﴾ وقوله تبارك وتعالى ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم** ﴾ .

ووجه الدلالة : أن الكافر ليس عدلا ، ولا نرتضيه ، وليس من رجالنا فلا يصح أن يكون شاهدا .

مناقشة هذا الاستدلال :

أجاب المخالفون : بأن هذا إنما هو فى الحكم بين المسلمين ، فإن السياق كله فى ذلك ، فإن الله تبارك وتعالى قال : ﴿ **واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم** ﴾ [1] ، وقال : ﴿ **يا أيها النبى إذا طلقتم النساء** ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ [2] ، وكذلك قال تبارك وتعالى فى آية المداينة وهى قوله تبـ[illegible]

---

(1) سورة النساء ، الآية رقم ١٥ .

(2) سورة الطلاق الآيتان رقم ١ ، ورقم ٢ .

وتعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فـــاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتـــب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ، ولا يبخس منه شيئا فإن كــــان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليـــه بالعدل ﴾ ثم قال عز وجل : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجـــالكم ﴾ (١) ، فلا يوجد فى شئ من هذه النصوص الكريمة تعرض لحكم أهـــل الكتـــاب ألبتة .

ثانيا : قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **وألقينا بينهم العداوة والبغضـــاء إلى يوم القيامة** ﴾ (٢) ، وكيف تقبل شهادة إنسان على إنسان يبغضه ويكن له العداوة ؟

مناقشة هذا الاستدلال :

أجاب المخالفون : بأن هذا إما أن يراد به : العداوة التى بين اليهود والنصارى ، أو يراد به العداوة التى بين فرقهم وإن كانوا ملـــة واحـــدة ، وهذا لا يمنع قبول شهادة بعضهم على بعض ، لأنها عداوة دينية، والعداوة الدينية لا تحمل الشاهد على الكذب فى شهادته غالبا فهى كالعداوة التى بين فرق الأمة الإسلامية ، وتفرقهم شيعا ، وإذاقة بعضهم بأس بعض ، وليست عداوة شخصية بين الأفراد لأمر من الأمور الدنيوية ، وهذه تحمل الشـــاهد فى الغالب على الكذب فى شهادته ، والعداوة الدينيـــة بيـــن فـــرق الأمـــة الإسلامية لم تمنع قبول شهادة بعضهم على بعض (٣).

---

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢ .

(٢) سورة المائدة ، الآية رقم ٦٤ .

(٣) قال الشافعى فى كتابه "الأم" : " وذهب الناس فى تأويل القرآن والأحاديث إلـــى أمـــور تباينوا فيها تباينا شديدا ، واستحل بعضهم من بعض ما تطـــول حكايتـــه ، وكـــان==

ثالثا : احتج الشافعى ــ رضى الله تعالى عنه ــ بأن من كذب على الله فهو أولى أن يكذب على مثله من إخوانه وأقاربه ، أى كأن الشافعى ــ رضى الله عنه ــ يرى أن من تجرأ على الكذب على الخالق فأنكر نبوة رسول من رسله فإن تجرؤه على الخالق يكون أولى •

مناقشة هذا الاستدلال :

أجاب المخالفون : بأن جميع أهل البدع قد كذبوا على الله ورسوله ، والخوارج من أصدق الناس لهجة ومع ذلك فقد كذبوا على الله ورسوله ، وكذلك القدرية ، والمعتزلة ، وهم يظنون أنهم صادقون غير كاذبين ، فهم متدينون بهذا الكذب ، ويظنون أنه من أصدق الصدق •

رابعا : قبول شهادتهم فيه إكرام لهم ، ورفع منزلتهم وقدرهم ، ورذيلة الكفر تنفى ذلك •

مناقشة هذا الاستدلال :

أجاب المخالفون : بأن رذيلة الكفر لم تمنع قبول قولهم على المسلمين للحاجة ، بنص القرآن الكريم ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض** ﴾ ، وكذلك لم تمنع رذيلة للكفر ولاية بعضهم على بعض ، وعرافة بعضهم

== ذلك متقادما ، منه ما كان فى عهد السلف وإلى يومنا هذا ، ولم نعلم أحدا من سلف الأمة يقتدى به ، ولا من بعدهم من التابعين رد شهادة أحد بتأويل ، وإن خطأه وضلله ، ورآه استحل ما حرم الله تعالى عليه ، فلا ترد شهادة أحد بشئ من التأويل إذا كان له وجه يحتمله ، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم " • نقلنا هذا النص للشافعى فى كتابه "الأم " عن تقى الدين الحصنى ، فى كتابه " كفاية الأخيار " جـ ٢ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ •

على بعض ، وكون بعضهم حاكما وقاضيا عليهم ، فلا تمنع رذيلة الكفر أن يكون بعضهم شاهدا على بعض .

وليس فى هذا تكريم لهم ، ولا رفع لأقدارهم ، وإنما هو دفع لشرهم بعضهم عن بعض ، وإيصال أهل الحقوق منهم إلى حقوقهم بقول من يرتضونه ، وهذا من تمام مصالحهم التى لا غنى لهم عنها .

ومما يوضح ذلك ، أنهم إذا رضوا بأن نحكم بينهم ، ورضوا بقبول قول بعضهم على بعض ، فألزمناهم بما رضوا به ، لم يكن ذلك مخالفا لحكم الله ورسوله ، فإنه لابد أن يكون الشاهد بينهم ممن يثقون به ، فلو كان معروفا بالكذب وشهادة الزور لم نقبله ، ولم نلزمهم بشهادته [١].

أدلة القائلين بشهادتهم إذا اتحدت الملة :

أولا : ما رواه الدار قطنى ، وابن عدى من حديث أبى هريرة ، أن رسول الله ﷺ قال : " لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد ، فإنها تجوز على غيرهم " .

مناقشة هذا الاستدلال :

أجيب عن هذا : بأن علماء الحديث قد ضعفوا هذا الحديث بأن أحد رواته ضعيف وهو عمر بن راشد ، ورواه عبد الرزاق بمعناه مرسلا ، والمرسل ضعيف عند جمهور المحدثين ، ورواه البيهقى وضعفه [٢].

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ٣٠٦ ، وما بعدها ، وفتح القدير لابن الهمام ، جـ ٧ ص ٤١٦ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جـ ٤ ص ١٦٥ ، شرح جلال الدين المحلى على المنهاج ، وحاشيتا قليوبى وعميرة عليه ، جـ ٤ ص ٢٩٩ ، والمغنى لابن قدامة ، جـ ١٢ ص ٥٤ ، ٥٥ .

(٢) كفاية الأخيار ، للحصنى جـ ٢ ص ٢٧٥ .

ثانيا : أهل الملة الواحدة بعضهم يلى على بعض ، ولا عداوة بينـــهم ولا بغضاء فجازت الشهادة فيما بينهم ، أما الكفار مختلفو الملل فبينهم مـن العداوة والبغضاء ما يقطع الولاية ويمنع قبـول الشـهادة ، قـال تبـارك وتعالى : ﴿ **وقالت اليهود ليست النصارى على شئ وقـــالت النصـارى ليست اليهود على شئ وهم يتلون الكتاب** ﴾ ، وقال عز وجل : ﴿ **وألقينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة** ﴾ ، وإذا كان هذا شأنهم فلا تقبـل شهادتهم على بعض .

مناقشة هذا الاستدلال :

أجيب عن هذا الاستدلال : بأن العداوة التى بين الملل المختلفة مـــن الكفار إنما هى عداوة دينية ، والعداوة الدينية ليست مانعاً من قبول الشهادة كالعداوة التى بين فرق الأمة الإسلامية [1] ، وإنما الذى يمنع من الشـــهادة هو العداوة الشخصية .

الرأى الراجـــــــح :

يغلب على الظن ترجيح الرأى القائل بقبول شهادة الكافر على الكافر ، ولو اختلفت الملة ، لأمرين :

أحدهما : كثرة الأدلة التى استدل بها لهذا الـــرأى ، وســـلامتها مـــن الاعتراض .

الثانى : الإجابات القوية التى أجيب بها على أدلة المخـــالفين ، وفـــى النهاية نسأل أصحاب الرأى القائل بعدم قبول شهادة غير المســلمين فيمـــا

---

(١) مقارنة المذاهب فى الفقه للأستاذين محمود شلتوت ، ومحمد على السـايس ، ص ١٣٢ ، ١٣٤ .

بينهم إذا تحاكموا إلينا ولم يكن معهم شهود من المسلمين ، ألا يحكم القاضي بينهم ؟ أم يجيز المانعون هذه الصورة للضرورة ، كما أجاز مالك ﷺ شهادة الطبيب الكافر على المسلم للضرورة [1].

شهادة غير المسلمين على المسلمين فى الوصية حال السفر :

إذا كان المسلم فى سفر فمرض ، وأراد أن يوصى مثلا برد الوديعة إلى صاحبها ، ولا يوجد شاهد مسلم ، كأن كان قد سافر إلى إحدى البلاد الأوربية ، للتعليم أو للتجارة ، أو للعلاج ، أو للسياحة ، وليس معه إلا النصارى أو اليهود ، فهل تقبل شهادتهما على المسلم أم لا ؟

للعلماء فى هذه المسألة رأيان :

أحدهما : قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين فى السفر ، وهذا الرأى يراه أبو موسى الأشعرى ، وحكى عن ابن عباس ، ويراه شريح ، وسعيد بن المسيب ، وسفيان الثورى ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، والظاهرية وغيرهم .

الرأى الثانى : لا تقبل شهادة غير المسلمين على المسلمين فى السفر ، روى هذا الرأى عن الحسن البصرى ، والزهرى ، وزيد ابن أسلم ، ويراه مالك ، والشافعى [2] .

دليل الرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأول بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل**

---

(1) مقارنة المذاهب فى الفقه الإسلامى للأستاذين الشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد على السايس ص ١٣٤ .

(2) الطرق الحكمية لابن القيم ، وفتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٤١٧ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٧٢ ، شرح المحلى على المنهاج ، وحاشيتا قليوبى وعميرة عليه جـ ٤ ص ٣٢٣ .

• ...نكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحسبونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين ﴾ [١].

ووجه الدلالة واضح من الآية ، فإن الله تبارك وتعالى بين أن الشهادة فى الحال التى نتكلم فيها تكون من اثنين ذوى عدل من المؤمنين أو شهادة آخرين من غير المؤمنين .

مناقشة هذا الاستدلال :

أجيب عن الاستدلال بالآية الكريمة بعدة إجابات ، لأن المخالفين لهذا الرأى مختلفون فى تخريج الآية على ثلاثة طرق :

الإجابة الأولى : أن المراد بقوله تبارك وتعالى : ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ ، أى من غير قبيلتكم ، وقد روى هذا عن الحسن البصرى ، وروى عن الزهرى أيضا .

الرد على الإجابة :

رد المخالفون : بأن هذا القول لا يخفى بطلانه وفساده ، فإنه ليس فى أول الآية خطاب لقبيلة دون قبيلة ، بل هو خطاب عام لجميع المؤمنين ، فالنص الكريم فى أول الآية هو قوله عز وجل : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم** ﴾ ، فلا يكون غير المؤمنين إلا من الكفار ، **هذا مما لا شك فيه** ، والذى قال : من غير قبيلتكم زلة عالم ، **غفل عن تدبر الآية** ،

---

(١) سورة المائدة ، الآية رقم ١٠٦ .

فلم يخاطب الله تبارك وتعالى بهذا النص الكريم قبيلة معينة حتى يكون قوله ﴿ من غيركم ﴾ أيتها القبيلة .

الإجابة الثانية : أن الآية منسوخة ، وهذا مروى عن زيد بن أسلم وغيره .

الرد على هذه الإجابة :

رد المخالفون بأن دعوى النسخ باطلة ، لأنه يتضمن أن حكم الآية باطل ، لا يحل العمل به ، وأنه ليس من الدين ، وهذا لا يقبل إلا إذا اعتمد على حجة صحيحة لا معارض لها ، ولا يمكن لأحد قط أن يأتى بنص صحيح صريح متأخر عن هذه الآية مخالف لها لا يمكن الجمع بينه وبينها فإن وجد إلى ذلك سبيلا صح النسخ ، وإلا فليس معه إلا مجرد الدعوى الباطلة .

ثم قد قالت أعلم نساء الصحابة بالقرآن أنه لا منسوخ فى المائدة ، فقد صح عن السيدة عائشة ــ رضى الله تعالى عنها ــ فيما يرويه جبير بن نفير أنها قالت : هل تقرأ سورة المائدة ؟ فقلت نعم ، قالت : فإنها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه ، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه [1].

ولو كان يجوز أن تقبل دعوى النسخ بلا حجة أو برهان لكان كل من احتج عليه بنص يقول : هو منسوخ .

الإجابة الثالثة : أن المراد بالشهادة فى الآية : أيمان الوصى بالله تعالى للورثة ، وليس المراد بها الشهادة المعروفة .

---

(١) مقارنة المذاهب فى الفقه الإسلامى مصدر سابق ص ١٣٥ .

الرد على هذه الإجابة :

رد المخالفون : بأن هذا القول باطل من عدة وجوه ، وذكر ابن القيم ثلاثة عشر وجها ، نذكر لك معظمها :

أحدها : أن الله سبحانه وتعالى قال : ﴿ **شهادة بينكم** ﴾ ولم يقل : أيمان بينكم ، والمتعارف من كلمة الشهادة فى القرآن والسنة إنما هو الشهادة المعروفة ، فالحمل على غيرها خروج باللفظ عن ظاهره لغير دليل أى أن الأصل هو أن يكون الكلام على ظاهره ، لأن القرآن الكريم خوطب به الناس جميعا ، بحيث إن البدوى العادى يفهم المراد من القرآن بدون أن يكون وصل إلى درجة من العلم ، فإذا أريد باللفظ غير الظاهر فلابد أن تكون هناك قرينة تصرفه عن معناه الظاهر ولا قرينة هنا .

الوجه الثانى : أنه سبحانه قال : ﴿ **ذوا عدل منكم** ﴾ واليمين لا يشترط فيها ذلك ، فإن الكافر يصح أن يحلف أمام القاضى .

الوجه الرابع : أنه تعالى قيد ذلك بالضرب فى الأرض (أى السفر) فقال سبحانه : ﴿ **إن أنتم ضربتم فى الأرض** ﴾ وليس ذلك شرطا فى اليمين .

الوجه الخامس : أنه تعالى قال فى الآية : ﴿ **ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين** ﴾ وهذا لا يقال فى اليمين فى هذه الأفعال ، بل هو نظير قوله تعالى : ﴿ **ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه** ﴾ .

الوجه السادس : أنه تعالى قال فى الآيتين التاليتين للآية : ﴿ **فإن عثر على أنهما استحقا إثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا إذا**

لمن الظالمين . ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم ﴾ .

فالله تبارك وتعالى قال : ﴿ **ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها** ﴾ ولم يقل أن يأتوا بالأيمان .

الوجه السابع : أنه تبارك وتعالى قال فى الآية الثالثة : ﴿ **أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم** ﴾ فجعل سبحانه وتعالى الأيمان قسيما للشهادة ، وهذا صريح فى أنها غير الشهادة .

الوجه الثامن : أن الشاهدين يحلفان بالله : ﴿ **ولا نكتم شهادة الله** ﴾ ولو كان المراد بهما اليمين لكان المعنى : يحلفان بالله لا نكتم اليمين ، وهذا لا معنى له قطعا ، فإن اليمين لا تكتم ، فكيف يقال لشخص : احلف أنك لا تكتم حلفك ؟ .

الوجه التاسع : أن الله تبارك وتعالى قال : ﴿ **شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت** ﴾ ومن المعلوم أنه لا يصح أن يكون المعنى : أيمان بينكم إذا حضر أحدكم الموت ، لأن الموصى إنما يحتاج للشاهدين لا إلى اليمين .

الوجه العاشر : أن حكم رسول الله ﷺ الذى حكم به ــ وحكم به الصحابة بعده ــ هو تفسير للآية قطعا ، وما عداه باطل ، فوجب أن يرغب عنه .

اعتراض وجواب :

إذا كان يمكن الاعتراض بأن الله تبارك وتعالى سمى أيمان اللعان [1] شهادة فى قوله عز وجل : ﴿ **فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله** ﴾ وقوله

---

(١) إذا اتهم الزوج زوجته بجريمة الزنا ، أو نفى ولدها منه ، فإن القاضى يطالبه بالبينة (الشهود) وإلا أقيم عليه حد جريمة القذف لاتهامه لزوجته ، وهو جلده ثمانون جلدة ، وقد أعطاه الشرع حق اللعان حتى يدرأ العقوبة عنه ، وكيفية اللعان أن يقول ==

عز وجل : ﴿ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربعه شهادات بالله ﴾ ، فالجواب عنه ـ كما بين ابن القيم ـ أن الله تبارك وتعالى سمى أيمان الزوج شهادة ، لأنها قائمة مقام البينة المطلوبة فى إثبات جريمة الزنا ، ولذلك يجب رجم الزوجة إذا امتنعت عن الأيمان ، وسمى أيمانها شهادة ، لأنها فى مقابلة شهادة الزوج .

وأيضا فإن هذه اليمين خصت من بين الأيمان بلفظ الشهادة بالله تأكيدا لشأنها ، وتعظيما لخطرها [1].

دليل الرأى الثانى : القائل بمنع شهادة غير المسلمين على المسلمين فى الوصية فى السفر :

أدلة أصحاب هذا الرأى لا تخرج عما استدلوا به على منع شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، وهى المسألة السابقة عن المسألة التى نتكلم فيها الآن ، وقد سبق مناقشة ما استدلوا به ، ويزاد هنا فى الاستدلال على منع شهادة غير المسلمين على المسلمين فى الوصية فى السفر أن الشهادة من باب الولاية ، والكافر ليس له ولاية على المسلم ، لقول الله عز وجل : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ، فالله نهانا عن أن يكون للكفار علينا سبيل .

==الزوج : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، أو نفى الولد ، ويكرر ذلك أربع مرات ، ويقول فى المرة الخامسة : وعليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، وإذا أنكرت المرأة فلها حق اللعان ، وتقول هى أيضا أربع مرات : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، أو نفى الولد ، وتقول فى المرة الخامسة : إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

(١) الطرق الحكمية ص ٢١٢ ، وإعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ص ٩١ ، والروض المربع بحاشية العنقرى جـ ٣ ص ٤٢٠ ، ٤٢١ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم جـ ٢ ص ٣٥٠ ، وكشاف القناع جـ ٦ ص ٤١٢ .

الجواب عن هذا الدليل :

أجيب عن هذا : بأن النص الكريم غير متصل بسبيل الشهادة والقضاء وإنما هو سبيل العزة والقهر والغلب [1].

الرأى الراجح :

نرى : أن الرأى القائل بصحة شهادة غير المسلم على المسلم فى الوصية فى السفر أولى بالقبول ، لسلامة الاستدلال بالآية الكريمة التى اعتمد عليها أصحاب هذا الرأى ، ولضعف ما استدل به المخالفون ، وبهذا نكون انتهينا من الكلام عن الشرط الأول من شروط الشهادة ، وهو شرط الإسلام ، ونواصل الكلام الآن عن بقية شروط أداء الشهادة .

الشرط الثانى من شروط أداء الشهادة : الحرية ، وهذا الشرط قال به الفقهاء عندما كان الرق موجودا فى عصورهم ، لكن هذا الشرط عند القائلين به أصبح شرطا علميا لا حقيقة له فى الواقع الذى نعيشه ، فلا تقبل شهادة العبد عند مالك وأبى حنيفة ، والشافعى ، لأن أداء الشهادة فيه معنى الولاية ، والعبد ليس أهلا للولاية .

ويرى أحمد بن حنبل ، والظاهرية ، وبعض فقهاء الشافعية : أنه لا تشترط الحرية فى الشاهد ، فتجوز شهادة العبد ، لعموم آيات الشهادة وهو داخل فيها ، قال تبارك وتعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم** ﴾ والعبد من رجالنا ، وقال عز وجل : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ وهو عدل ، والعبد ما دام عدلا تقبل روايته ، وفتياه ، وأخباره الدينية ، فتقبل شهادته .

---

(1) مقارنة المذاهب فى الفقه ، مصدر سابق ص ١٣٥ ، ١٣٦ .

ولما رواه عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب ، فجاءت أمة سوداء (أى جزية) . فقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ رواه البخارى ومسلم ٠

وأيضاً فإن الأصل إنما هو اشتراط العدالة ، والعبودية ليس لها تأثير فى الرد إلا أن يثبت ذلك من كتاب أو سنة ، أو إجماع [١].

ونرى رجحان هذا الرأى ، لأن الشهادة وإن كان فيها شبه بالولاية ، لكنها ليست كالولاية من كل الوجوه ، وعموم الأدلة يفيد قبول الشهادة من العبد والجارية ٠

الشرط الثالث من شروط أداء الشهادة : التكليف:

فلا تقبل شهادة المجنون بإجماع العلماء ، وكذلك لا تقبل شهادة المعتوه وهو المختل العقل دون المجنون [٢].

وما دام شرط التكليف لابد منه فى الأداء فلا تقبل شهادة الصبى ، لقول الله عز وجل : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ، والصبى ليس من رجالنا ، ولأنه غير مقبول القول فى حق نفسه ، ففى حق غيره أولى ، ولأنه غير كامل العقل [٣] ، فلا تقبل شهادته ولو لصبى مثله أو على صبى كما يقول جمهور العلماء ٠

---

(١) بداية المجتهد ، لابن رشد جـ ٢ ص ٥٠٢ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم جـ ٢ ص ٢٥٠ ، والمغنى جـ ١١ ص ٤١٦ ٠

(٢) يقال : العقل بالمجنون مسلوب ، وبالإغماء مغلوب ، وبالنوم محجوب ، الروض المربع بحاشية العنقرى ، جـ ٣ ، ص ٤٢٠ ٠

(٣) كشاف القناع ، جـ ٦ ، ٤١١ ٠

الخلاف فى شهادة الصبيان على بعض فى الجراحات التى تحدث بينهم :

اختلف العلماء فى شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى القتل والجراحات التى تحدث بينهم ، كما لو كان الصبيان تلاميذ فى مدرسة ابتدائية ، وحدث بينهم شجار ونزاع أدى إلى قتل أحدهم أو جرحه ، بعيدا عن أعين المشرفين على المدرسة ، فلم يكن بينهم أحد البالغين حتى يشهد بما رآه ، فيرى جمهور الفقهاء عدم قبول شهادتهم ، لأن من شروط الشهادة العدالة ، ومن شروط العدالة : البلوغ .

ويرى مالك : قبول شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من القتل والجراحات ما لم يتفرقوا ، ولا تقبل شهادتهم فى الأموال ، فالأموال إذن متفق عليها بين العلماء فى عدم قبول شهادة الصبيان فيها ، وإنما الخلاف بين مالك والجمهور فى القتل والجراحات التى تحدث بينهم .

وكذلك يرى ما يراه مالك ابن أبى ليلى ، وبعض التابعين ، وفى كتب الإمامية ما يفيد قبول شهادة الصبيان فى القتل وأنه تقبل شهادتهم بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم .

ولم يستند رأى الإمام مالك إلا على ما روى عن ابن الزبير ، قال الشافعى : فإذا احتج محتج بهذا قيل له : إن ابن عباس قد ردها ، والقرآن يدل على بطلانها (١).

---

(١) بداية المجتهد ، لابن رشد (الحفيد) جـ ٢ ص ٥٠٢ ، وحاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، جـ ٢ ص ٣٥٠ ، والمغنى جـ ١١ ص ٤١٦ ، ووسائل الشيعة للحر العاملى جـ ١٨ ص ٢٥٢ .

وظاهر من قول الشافعي ﷺ أنه إذا كان قد روى عن ابن الزبير ما يفيد رأى مالك فإنه قد روى عن صحابى آخر ما يرد شهادة الصبيان ، ويشير الشافعي بقوله : والقرآن يدل على بطلانها إلى قوله تبارك وتعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم** ﴾ فالصبيان ليسوا من رجالنا .

اشترط المالكية فى قبول شهادة الصبيان عدة شروط :

اشترط المالكية فى كتبهم عدة شروط لقبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى القتل والجراحات ، وإليك بيانا لهذه الشروط :

١ ــ حرية الشاهد ، فلا يصح شهادة الصبى إذا كان عبدا .

٢ ــ الإسلام .

٣ ــ التمييز ، لأن غير المميز لا يضبط ما يقول ، واشترط بعض فقهائهم أن يكون ابن عشر سنين ، لأن الذى سنه أقل من عشر سنين لا يثبت على كلام .

٤ ــ الذكورة ، فلا تجوز شهادة الأنثى ، حتى لو تعددت الإناث وكثرن ، ولو كان معهن ذكر .

٥ ــ التعدد ، بأن يكون عدد الشهود اثنين فأكثر .

٦ ــ أن لا يكون الشاهد عدوا للمشهود عليه ، وصرح المالكية بأن العداوة هنا مانعة من صحة الشهادة سواء كانت العداوة بين الصبيان أنفسهم ، أو بين آبائهم .

٧ ــ أن لا يكون الشاهد قريبا للمشهود له ولو بعدت القرابة .

٨ ــ أن لا يحدث اختلاف بين الصبيان ، فإن اختلفوا بأن قال بعضهم : قتله فلان ، وقال غيره : بل فلان ، لم تقبل شهادتهم .

٩ ــ أن لا يكونوا قد تفرقوا ، فإن كانوا تفرقوا لم تقبل شهادتهم ، وعلل المالكية هذا : بأن التفرق مظنة التعليم ، أى يعلمهم غيرهم من الكبار ماذا يقولون ، إلا إذا شهد رجال عدول على ما نطق به الصبيان قبل تفرقهم ثم تفرقوا ، ففى هذه الحال تقبل شهادتهم .

١٠ ــ أن لا يكون قد حضر بينهم شخص بالغ وقت القتل أو الجرح ، فإن حضر بالغ وقت القتل أو حضر بعده ، بحيث أمكن تعليمهم لم تقبل شهادتهم ، سواء أكان البالغ ذكرا أم أنثى ، حرا أم عبدا ، مسلما أم كافرا ، واحدا أم متعددا .

ويرى بعض فقهاء المالكية أن حضور البالغ غير العدل ممن لا تقبل شهادته كالكافر ، والفاسق ، والعبد مع الصبيان وقت وقوع القتل أو الجرح لا يمنع شهادة الصبيان .

١١ ــ أن لا تكون شهادة الصبيان بأن كبيرا قتل الصغير ، أو بأن صغيرا قتل كبيرا ، فإن شهدوا بأن كبيرا هو الذى قتل الصغير ، أو أن صغيرا قتل الكبير لم تقبل شهادتهم ، فلابد من شهادة بعضهم لبعض على بعض .

١٢ ــ أن لا يكون الشاهد منهم مشهورا بالكذب .

١٣ ــ أن يكون الشاهد من جملة الصبيان المجتمعين فإن كان صبيا مر عليهم لا تقبل شهادته .

إذا رجع الصبيان عن شهادتهم :

صرح المالكية بأنه لا يقدح فى شهادة الصبيان إذا تحققت الشروط المذكورة رجوعهم عن شهادتهم قبل الحكم أو بعده ، ولا تجريحهم من غيرهم أو من بعضهم لبعض ، إلا التجريح بالكذب فى المجرب به .

وبقى أن نقول : إن المالكية بينوا أنهم إذا قالوا بجواز شهادة الصبيان فى القتل فإن غير واحد من فقهائهم قال : إنه لا تقبل فى القتل حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولا ، وعلى هذا فلو شهدوا بأن ابن فلان قتل ابن فلان ، ورماه فى البحر لم تقبل شهادتهم (1).

الشرط الرابع من شروط الشهادة : العدالة :

الأئمة الأربعة أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد ، متفقون على وجوب العدالة فى الشاهد ، لأن الفاسق إذا لم ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه أيضا ، فكان متهما بالكذب (2) . لكن الخلاف فى أمرين :

أحدهما : هل يجب السؤال عن عدالة الشاهد من عدمها أم يكتفى بعدالته الظاهرة ؟

والثانى : إذا قضى القاضى بشهادة الفاسق ، هل يصح هذا القضاء أم لا ؟

الشافعى وغيره يرون أنه لا يصح القضاء بشهادة الفاسق ، فلا تقبل الشهادة من الفاسق ، لقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **إن جاءكم فاسق بنبأ**

---

(1) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ١٨٣ .

(2) شرح العناية على الهداية ، مطبوع مع فتح القدير ، جـ ٧ ص ٣٩٧ .

فتبينوا ﴾ [١] ، وقوله عز وجل : ﴿ وأشهدوا ذوى عــدل منكــم ﴾ [٢] ، وقوله عز وجل : ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ [٣] ، والفاســق ليــس مرضى ، ولأن القاضى يحكم بقول الشاهد وينفذه فى حق الغير ، فيجــب أن يكون قوله مؤديا إلى أن يغلب على ظن القاضى صدق الشـــاهد ، ولا يكون ذلك إلا بالعدالة [٤].

وقد سبق بيان معنى العدالة عند الكلام عن شروط القاضى .

معنى العدل باطنا وظاهرا :

إذا ثبتت عدالة شخص عند الحاكم سمى عدلا باطنا ، وأما من لم تثبت عدالته عند الحاكم لكن ظاهره أنه يتصف بها فيســـمى عــدلا ظــاهرا ، والعدالة الظاهرة تعرف بالمخالطة ، والعدالة الباطنة تثبت بالتزكيــة عنــد الحاكم [٥] ، والعلماء يسمون الذى يشهد أمام القاضى بعدالــة الشــهود أو عدمها مزكيا ، وعند ما يتكلم العلماء عن التزكية يبينون أن التزكية تفتقــر إلى أن يكون المزكى عارفا من حال الشاهد ما يثبت عدالته ، فى ظـــاهر حاله وباطنه ، فنرى بعضهم يصرح بأن المزكــى يزكــى الشــاهد عنــد القاضى إذا كان للمزكى معرفة بباطن الشاهد كمعرفته لظاهره ، وصـــرح بعض بأن هذا يكون صحبه الصحبة الطويلة ، وعامله بالأخذ والعطاء فى الحضر والسفر .

---

(١) سورة الحجرات ، الآية رقم ٦ .

(٢) سورة الطلاق ، الآية رقم ٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢ .

(٤) الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود بن مــودود ، جــ ٢ ص ١٦ ، مطـابع الشعب .

(٥) مغنى المحتاج ، لمحمد الشربينى الخطيب جــ ٣ ص ١٤٥ .

كما بين العلماء أن الهفوات الصغيرة من الشخص لا تؤثر فى تزكيته قال بعض علماء المالكية : إنه لا يؤثر فى ذلك أن يقارف ، أى يرتكب بعض الذنوب كالأمر الخفيف من الزلة والفلتة ، فمثل هذا لا يمنع كونه عدلا .

ونقل البعض عن الإمام مالك قوله : من الناس من لا تذكر عيوبهم يكون عيبه خفيفا ، والأمر كله حسن ، ولا يعصم أحد من أهل الصلاح [1].

ويجب على القاضى عند الشافعى وغيره كأحمد ، وأبى يوسف ومحمد أن لا يقبل الشهادة إلا من الشخص الذى ثبتت عدالته ، فإذا عرف عدالته قبل شهادته ، وإذا عرف فسق الشاهد رد شهادته ، ولا يحتاج إلى بحث عنه ، كالشخص الذى انتشر خبر فسقه بين الناس .

وإذا لم يعرف القاضى عدالة الشاهد ولا فسقه سأل عنه ، أى سأل الناس الذين يعرفونه عن أحواله ، لأن معرفة العدالة شرط فى قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وهذا ما يراه الشافعى ، ويراه أحمد فى رواية عنه .

وعن أحمد رواية أخرى تقول بصحة الحكم بشهادة من عرف إسلامه عملا بظاهر الحال ، إلا أن يقول الخصم : هو فاسق ، وكذلك يرى أبو حنيفة : أنه يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ، ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم إلا فى الحدود والقصاص فإنه يسأل عن حال الشهود لأنه يحتاط فيها ويحتال لإسقاطها ، فيشترط الاستقصاء فيها ، ولأنها تدرأ بالشبهات ، ويرى مالك : أن من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل

---

(١) المنتقى ، للباجى ،شرح موطأ مالك جـ ٥ ص ١٩٥ .

القاضى عنه ، ومن عرف أنه غير عدل لا تقبل شهادته ، وإنما يسأل القاضى عن الشاهد إذا شك فى عدالته ، وقد بين الحنفية أن الفتوى فى مذهبهم على رأى أبى يوسف ومحمد فى هذه المسألة .

وقد استدل لمن يكتفى بالعدالة الظاهرة بما يأتى :

أولا : الظاهر من المسلمين العدالة ، ولهذا قال عمر ﷺ : " المسلمون عدول بعضهم على بعض " فى كتابه الذى كتبه لأبى موسى الأشعرى .

ثانيا : روى أن أعرابيا جاء إلى النبى ﷺ فشهد برؤية الهلال فقال له النبى ﷺ : " أتشهد أن لا إله إلا الله " فقال : نعم ، فقال : " أتشهد أنى رسول الله ؟ " قال : نعم ، فصام ، وأمر الناس بالصيام . "

ووجه الدلالة واضح وهو أن رسول الله ﷺ أخذ بشهادة الأعرابى بمجرد ثبوت أنه مسلم ولم يسأل عن عدالته .

ثالثا : العدالة أمر خفى سببها الخوف من الله عز وجل ، ودليل ذلك الإسلام ، فإذا وجد فليكتف به إلا إذا قام الدليل على خلافه .

الاستدلال للرأى القائل بوجوب السؤال عن الشاهد :

استدل لهذا الرأى : بأن العدالة شرط فى الشاهد فوجب العلم بها كشرط الإسلام ، فإن شرط الإسلام لا يكتفى فيه بظاهر الحال وإنما لابد أن نسأل عنه ، ويؤيد هذا الحديث الذى ذكرناه قريبا ، وهو أن رسول الله ﷺ سأل الرجل عن إسلامه عندما جاء يشهد برؤية الهلال ، فقال له ﷺ : " أتشهد أن لا إله إلا الله ، فقال الرجل : نعم فقال : " أتشهد أنى رسول الله ؟ قال : نعم ، فصام ، وأمر الناس بالصيام .

وأجاب أصحاب هذا الرأى عن الاستدلال للرأى الأخر بحديث الأعرابى : بأن هذا الأعرابى المسلم كان من أصحاب رسول الله ﷺ ، وأصحاب رسول الله ﷺ ، ثبتت عدالتهم بثناء الله تبارك وتعالى عليهم ، قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان رضى الله عنهم ورضوا عنه ، وأعد لهم جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها أبدا ذلك الفوز العظيم** ﴾ (١) . وقال تبارك وتعالى : ﴿ **للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون والذين تبوأوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ، ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل فى قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا إنك رءوف رحيم** ﴾ (٢).

وأيضا فإن من ترك دينه الذى كان عليه فى زمن رسول الله ﷺ إيثارا لدين الإسلام وصحبة رسول الله ﷺ ثبتت عدالته .

وأما قول عمر فيمكن أن يجاب عنه : بأن المراد به أن الظاهر هو عدالة المسلمين ولا يمنع ذلك وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة ، فقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه أتى بشاهدين ، فقال لهما : لست أعرفكما ، ولا يضركما إن لم أعرفكما ، جيئا بمن يعرفكما ، فأتيا برجل ، فقال له عمر : تعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال عمر : صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه

---

(١) سورة التوبة ، الآية رقم ١٠٠ .

(٢) سورة الحشر ، الآيات ٨ ، ٩ ، ١٠ .

جواهر الناس ؟ قال : لا ، قال عاملتهما فـــى الدنـــانير والدراهـــم التـــى تقطع فيها الرحم ؟ قال : لا ، قال : كنت جارا لـــهما تعـــرف صباحـــهما ومساءهما ؟ قال : لا ، قال : يا ابن أخى لست تعرفهما ، جيئـــا بمـــن يعرفكما .

وهذا من عمر بحث يدل على أنه لا يكتفى بدونه [1].

معنى المزكى :

والعلماء ــ كما بينا سابقا ــ يسمون الذى يشهد بعدالة الشـــهود ، أو ضدها مزكيا ، ويرى بعض العلماء أن من المستحسن أن يتخـذ القـاضى مزكيا ، أى معدلا يشهد بعدالة الشاهد لشدة الحاجة إليه ، ليعرف القـاضى عن طريقه حال من يجهل حاله من الشهود ، لأن القاضى لا يتيسـر لـه البحث عنهم [2] ، ويلاحظ أن هذا فى المجتمعات قليلة العدد ، وأمـا الآن وقد اتسع العمران ، وكثر الناس فليس من المتيسر حدوث ذلك .ويمكن أن يؤدى هذا المطلوب زملاء الشخص فى العمل ، أو جيرانـه ، وتحريـات رجال الأمن عن سلوك الشاهد .

شروط المزكى أو المعدل :

يشترط فى المزكى الشروط التى تشترط فى الشـاهد ، لأن التزكيـة شهادة بالعدالة ، ويشترط فيه أيضا زيادة على شروط الشـاهد أن يكـون عارفا بأسباب الجرح والتعديل ، ويرى بعض العلماء أنه يجب عليـه أن يذكر سبب الجرح ، كالزنا ، والسرقة ، وشرب الخمر ، وأما سبب التعديل فلا يجب ذكره ، لأن الأصل العدالة ، فلا يقبل الجرح إلا مفسـرا ، كـأن يقول مثلا : أشهد أنه فاسق لأنه زنى ، أو سـرق ، أو نحـو ذلـك ، ولا يصير قاذفا بذكر الزنا حتى لو انفرد بهذا ، لأنه مسئول فـهو فـى حقـه

---

(١) المغنى ، جـ ١١ ص ٤١٥ ، طبع دار الكتاب العربى بيروت .

(٢) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ص ٣٨٨ .

فرض كفاية أو فرض عين ، بخلاف شهود الزنا إذا نقصوا عن الأربعة ، فإنهم يعدون مرتكبين لجريمة القذف ، لأن المطلوب منهم الستر .

ويرى بعض آخر : أنه لا يجب ذكر سبب الجرح ، وسنعود لهذه المسألة قريبا .

تعارض البينة فى التجريح والتعديل :

إذا حدث خلاف على شاهد معين ، فشهد اثنان بعدالته ، وشهد اثنان آخران بعدم عدالته ، فإنه يقدم شهود الجرح على شهود التعديل ، لأن مع شهود الجرح زيادة علم ، إلا إذا قال شهود التعديل إنه تاب من سبب الجرح ، فيقدم حينئذ شهود التعديل ، لأن معهم حينئذ زيادة علم على شهود الجرح [1].

وفى هذا المعنى يقول ابن السبكى أحد كبار فقهاء الشافعية : " من الكلمات الدائرة ــ فى الفقه والأصول ــ أن الجرح مقدم على التعديل ، لم يستثن أكثر الأصحاب من هذا إلا إذا قال المعدل : عرفت السبب الذى ذكره الجارح لكنه تاب منه ، وحسنت حالته ، قالوا : فتقدم بينة التعديل ، لأن معها زيادة علم . لكنهم وإن لم يصرحوا باستثناء عين هذه الصورة ، فقد صرحوا بمأخذ المسألة الذى يدور معه حكم تقديم الجرح على التعديل والتعديل على الجرح ، فإنهم قالوا ــ على اختلاف طبقاتهم ــ إن الجارح إنما قدم لما عنده من الزيادة على ما خفى على المعدل ، وذلك لأن المعدل يبنى على ما هو الأصل الظاهر من حال المسلم ، والجارح اطلع على ما نسخ ذلك الأصل ونقل عنه " [2].

---

(١) الشرح الصغير للدردير جـ ٥ ص ٣٧ ، مطبعة المدنى وحاشية قرة العيون (تكملة ابن عابدين) جـ ٧ ص ٨٠ ، وفتح القدير لابن الهمام ، جـ ٧ ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

(٢) الأشباه والنظائر ، لابن السبكى جـ ١ ص ٤٤٤ .

هل يقبل الجرح والتعديل من واحد :

العلماء فى هذا على رأيين :

الأول : يرى أنه يقبل الجرح والتعديل من واحد ، وهو ما يراه أبو حنيفة ورواية عن أحمد ، واختاره بعض فقهاء الحنابلة .

الثانى : يرى أنه لا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين على الأقل ، وهو ما يراه مالك والشافعى ، وجمهور فقهاء الحنابلة ، ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة ، وابن المنذر .

وقد استدل للرأى القائل بقبول الجرح والتعديل من واحد : بأن الجرح أو التعديل خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، فيكون مقبولا من واحد ، كما هو الحال فى رواية الحديث ، فإنها تقبل من الواحد .

وأما الرأى القائل بعدم قبول الجرح والتعديل إلا من اثنين فقد استدل له : بأن الجرح أو التعديل إثبات صفة ممن يبنى القاضى حكمه على صفته فاعتبر فيه العدد كالشهادة .

وقد رد أصحاب هذا الرأى على الاستدلال للرأى المقابل بقياس الجرح والتعديل على رواية الحديث بأن الجرح والتعديل يخالف الرواية ، فإنها مبنية على المساهلة ولذلك قبلت من الواحد ولم يسلموا بأن الجرح والتعديل لا يحتاج إلى لفظ الشهادة ، وقالوا : بل يجب لفظ الشهادة فيهما [1].

---

(١) المغنى ، جـ ١١ ص ٤٢١ ، ومغنى المحتاج جـ ٤ ص ٣٨٨ ، والاختيار لتعليل المختار ، جـ ٢ ص ١٩٨ .

هل لابد من التفسير فى الجرح :

اختلف العلماء فى هذا على رأيين :

أحدهما : يقبل الجرح المطلق ، وهو أن يشهد أنه فاسق أو أنه ليس بعدل وهذا ما يراه أبو حنيفة ، ورواية عن أحمد ٠

الثانى : لا يسمع الجرح إلا مفسرا ، فيقول مثلا : أشهد أنى رأيتـه يشرب الخمر ، أو يتعامل بالربا ، أو يظلم النـاس بـأخذ أموالـهم أو بضربهم ، أو يقول إنه علم ذلك باستفاضته أى انتشاره فـى النـاس ٠ وهذا ما يراه الشافعى والحنابلة ٠

الاستدلال للرأى الأول :

أولا : التعديل يسمع مطلقا فكذلك الجرح قياسا عليه ٠

ثانيا : التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقا ويوجب عليه الحد فى بعض الحالات كما لو شهد عليه بالزنا ، وليس معه شهود غيره يكملون نصاب شهادة الزنا ، فيؤدى هذا إلى جرح الجارح ، وإبطال شـهادته ، ولا يتجرح بها المجروح ٠

مناقشة الاستدلال :

أجيب عن هذا الاستدلال من قبل المخـالفين بعـدم التسـليم بـأن التصريح بالسبب يؤدى إلى جرح الجارح وإيجاب الحد عليـه ، لأنـه يمكنه أن يذكر السبب بطريقة التعريض من غير تصريح ٠

فإن اعترض معترض بأن فى بيـان السـبب هتكـا للمجـروح ، فالجواب : أنه لابد من هتكه للحاجة الداعية إلى ذلـك ، كمـا جـازت

الشهادة عليه لإقامة الحد عليه إذا ارتكب ما يوجب إقامة الحد عليه ، بل هنا أولى ، لأن فيه رفع الظلم عن المشهود عليه ، وهو حق آدمـــى ، فكان أولى بالجواز .

وأيضا فإن هتك عرضه إنما حصل بسببه ، لأنه تعرض للشـــهادة مع ارتكابه ما يوجب جرحه ، فكان هو الهاتك لنفسه ، لأن فعلـــه هـــو الذى أحوج الناس إلى جرحه .

الاستدلال للرأى الثانى :

أما الرأى القائل بأنه لا يسمع الجرح إلا مفسرا ، فقد استدل له بمــا يأتى :

أولا : الناس يختلفون فى أسباب الجرح ، كما اختلفوا مثـــلا فـــى شارب النبيذ ، وعلى هذا فالواجب أن لا يقبل مجـــرد الجـــرح بـــدون تفسير ، لاحتمال أنه يجرحه بشئ لا يراه القاضى جرحا .

ثانيا : الأصل فى المسلمين العدالة ، والجرح ينقل الشخص عـــن هذا الأصل ، فلابد من معرفة الشئ الذى أدى إلى نقله عن هذا الأصــل لاحتمال أن الجارح يعتقد نقله عن أصل العدالة بشئ لا يراه القـــاضى ناقلا عن هذا الأصل [1].

هل يقبل الجرح والتعديل من النساء ؟ للعلماء أيضا رأيان فى هذه المسألة :

أحدهما : يقبل الجرح والتعديل من النساء ، وهذا مـــا يـــراه أبـــو حنيفة .

---

(١) المغنى ، جـ ١١ ، ص ٤٢٤ .

الثانى : لا يقبل الجرح والتعديل منهن ، وهو ما يــراه الشافعية والحنابلة .

وقد استدل للرأى الأول : بأن الجرح والتعديل لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فأشبه رواية الحديث ، وكما أنه تقبل الرواية من المرأة فكذلك الجرح والتعديل يقبلان منها .

واستدل للرأى الثانى : بأن الجرح والتعديل شهادة فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال فأشبه الشهادة فى القصاص ، وكما أنه لا تقبل شهادة النساء فى القصاص ، فكذلك هنا .

ولم يسلم أصحاب هذا الرأى بقول أصحاب الرأى الأول أن الجرح والتعديل لا يعتبر فيه نفظ الشهادة ، وأوجبوا لفظ الشهادة فيه [1].

لا يقبل جرح الشهود من الخصم :

اتفق الفقهاء على أنه لا يقبل الجرح للشهود من الخصم ، فلو قال المشهود عليه : هذان فاسقان ، أو عدوان لى ، أو آباء للمشهود له ، لم يقبل قوله مجردا من البينة ، لأنه متهم فى قوله ، ويشهد بما يجر إلى نفسه نفعا ، فأشبه الشهادة لنفسه .

ولو كان قول الخصم يقبل من غير بينة لأدى هذا إلى أنه لا يريد أحد أن يبطل شهادة من شهد عليه إلا أبطلها ، فتضيع الحقوق وتذهب حكمة شرع البينة .

---

(١) المغنى ، جـ ١١ ، ص ٤٢٥ .

هذا ، وقد بين بعض العلماء أن البلد الذى يتعذر فيه العدول ، تقبل
شهادة بعضهم على بعض ، لأن الحال حينئذ حال ضرورة ، ونفس هذا
الحكم إذا تعذرت العدالة فى القضاة وسائر الولاة [١].

رأى الحنفية فى اشتراط عدالة الشاهد :

يرى الحنفية وجوب العدالة فى الشاهد ، متفقين فى هذا مع المذاهب الثلاثة الأخرى ، كما سبق أن بينا ، لكنهم يرون أنه إذا قضى القاضى بشهادة الفاسق ينفذ حكمه ، فالعدالة ــ إذن ــ ليست عندهم شرطا فى صحة الأداء ، فلو قضى القاضى بشهادة الفاسق صح عند الحنفية وكان القاضى آثما ٠

رأى أبى حنيفة :

ويرى أبو حنيفة جواز الاقتصار على ظاهر عدالة الشاهد المسلم إلا فى الحدود والقصاص ، ولا يسأل القاضى عنه إلا إذا طعن فيه الخصم ، لقول عمر ــ رضى الله عنه ــ : " المسلمون عدول " ، ولأن العدالة هى الأصل ، لأن الإنسان يولد غير فاسق ، فالعدالة أمر يقينى بحسب الأصل ، والفسق أمر طارئ مظنون ، فلا يجوز ترك الأصل اليقينى بأمر مظنون ٠

إجابة المخالفين :

وأجاب المخالفون لرأى أبى حنيفة عن الاستدلال بقول عمر "المسلمون عدول " ، بأن هذا معارض بما روى عنه أنه إذا أتى

---

(١) مواهب الجليل ، جـ ٦ ، ص ١٧١ ٠

بشاهدين فقال لهما : لست أعرفكما ولا يضركما أنى لم أعرفكما ، جيئا بمن يعرفكما " .

وأما القول بأن العدالة هى الأصل فى المسلمين ، فقد أجيب عنه : بأن الغالب الخروج عنها ، وقال البعض : إن العدالة ليست هى الأصل من الإنسان ، وإنما الأصل الجهل والظلم ، بدليل قول الله تبارك وتعالى : ﴿ إنه كان ظلوما جهولا ﴾ [1] ، فالفسق والعدالة كل منهما يطرأ على الآخر .

لماذا استثنيت الحدود والقصاص ؟

وأما استثناء الحدود والقصاص من الاقتصار على ظاهر العدالة فى الشاهد عند أبى حنيفة فلأنه كما أن الأصل فى الشاهد العدالة فالأصل فى المشهود عليه العدالة ، والشاهد وصف المشهود عليه بالقتل أو الزنا مثلا ، فتقابل الأصلان ، فيكون الترجيح بالعدالة الباطنة ، وأيضا فلأن الحدود مبناها على الإسقاط ، فيسأل القاضى عن الشهود احتيالا لدرء الحدود .

ما عليه الفتوى فى الفقه الحنفى :

وأما الرأى الذى عليه الفتوى فى الفقه الحنفى فهو ما يراه أبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة ، وهو أن القاضى لابد أن يسأل عن الشهود فى السر والعلانية فى كل الحقوق ، سواء أكانت فى مجال القصاص والحدود أم فى غيرهما ، وسواء طعن الخصم فى الشهود أم لا، لأن الحكم إنما يجب بشهادة العدل فوجب البحث عن العدالة .

---

(1) سورة الأحزاب الآية رقم ٧٧ .

ويقول أبو بكر الرازى أحد كبار فقهاء الحنفية : " لا خلاف بينهم فى الحقيقة ، فإن أبا حنيفة أفتى فى زمان كانت العدالة فيه ظاهرة ، والنبى ﷺ عدل أهله ، وقال : " خير القرون قرنى " [١] ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يفشو الكذب " واكتفى بتعديل النبى ﷺ وفى زمانهما (يقصد زمان أبى يوسف ومحمد الذى استمر فترة بعد وفاة أستاذهما) فشا الكذب فاحتاجا إلى السؤال ، ولو كانا فى زمنه ما سألا (أى لو كانت حياتهما فى مدة حياة أستاذهما فقط ما سألا) ، ولو كان فى زمنهما لسأل ، فلهذا قلنا : الفتوى على قولهما " [٢]

ونحب أن نبين أن سؤال القاضى عن الشهود فى كل الحقوق عند أبى يوسف ومحمد واجب ، وليس شرطا لصحة الحكم عندهما ، أى فيأثم القاضى بتركه ولا يبطل الحكم ، فالسؤال واجب دينى فيأثم القاضى بتركه فقط ، وأما القضاء فنافذ [٣].

وبعد ، فإننا نرجح الرأى القائل بعدم الاكتفاء بالعدالة الظاهرة ، ويؤيد هذا قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **ممن ترضون من الشهداء** ﴾ ،

---

(١) القرن : الجيل من الناس ، قيل ثمانون سنة ، وقيل سبعون ، وقال الزجاج : الذى عندى والله أعلم أن القرن أهل كل مدة كان فيها نبى أو طبقة من أهل العلم ، سواء قلت السنون أو كثرت ، قال : والدليل غليه قوله عليه السلام : " خير القرون قرنى " ، يعنى أصحابه ، " ثم الذين يلونهم " يعنى التابعين ، " ثم الذين يلونهم " أى الذين يأخذون عن التابعين ، المصباح المنير .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ، جـ ٢ ص ١٩٦ ، واللباب فى شرح الكتاب ، جـ ٤ ص ٥٧ .

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين ، جـ ٧ ص ٧٩ ، والمجانى الزهرية ، ص ١٠٩ .

والرضا معنى يكون فى النفس بما يظهر لها من الأمارات عليه ، ويقوم من الدلائل المبينة له كما قال ابن العربى [1].

وهنا يمكن أن يثار سؤال هو إذا فقدت العدالة ، وعم الفسق فى المجتمع فما الحكم ؟ .

نجد العلماء يختلفون فى حكم هذه الحالة ، فبعضهم يرى : أن القاضى يحكم فى هذه الحالة بشهادة الأمثل فالأمثل ، أى يؤخذ بشهادة الأقل فسقا كلما أمكن ، للضرورة ، وهذا يراه جمع من فقهاء الشافعية منهم الأذرعى ، والغزى وبعض فقهاء المالكية ، والبعض يرى أنه لا يؤخذ بشهادة الفاسق مطلقا مهما كانت أحوال الناس ، وهذا يراه العز بن عبد السلام ، والرملى من فقهاء الشافعية ، لأنه إذا كان فى الأخذ بشهادة الأمثل فالأمثل من الفساق مصلحة فإن هذه المصلحة يعارضها المفسدة التى ستلحق المشهود عليه [2].

هل تقبل شهادة الفاسق إذا تاب ؟

اتفق الفقهاء على أن الفاسق إذا عرفت توبته مما كان سببا فى فسقه من أى جريمة تذهب العدالة ، كالقتل ، والزنا ، والسرقة ، وأكل الربا ، ونحو ذلك ، فإنه تقبل شهادته إلا من كان فسقه بسب جريمة القذف ، وهى الرمى بالزنا على جهة التعيير أو نفى النسب ، لا على جهة الشهادة ، فقد اختلف العلماء فى القاذف إذا تاب هل تقبل شهادته أم لا ؟ [3].

---

(١) أحكام القرآن ، لابن العربى ، القسم الأول ص ٢٥٤ .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى جـ ٨ ص ٢٩٢ .

(٣) صرح بعض فقهاء الحنابلة بأن لا يشترط فى التوبة إصلاح العمل بل يكفى مجرد التوبة لكى نحكم على الشخص بأنه تاب ، واستدل على ذلك بقوله ﷺ : ==

فيرى جمهور العلماء قبول شهادته ، ويرى أبو حنيفة عدم قبولها ٠

وسبب الخلاف بينهم أن الاستثناء الواقع فى قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون * إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم** ﴾ [1] هل يعود إلى أقرب مذكور إليه ، وهو الفسق أو يعود الاستثناء إلى الجميع إلا ما خصصه الإجماع وهو أن التوبة لا تسقط الحد عنه ٠

فيرى أبو حنيفة : أن الاستثناء فى قوله تعالى : ﴿ **إلا الذين تابوا** ﴾ يعود فقط إلى أقرب مذكور وهو وصفهم بالفسق ، فيرتفع الفسق فقط إذا تابوا ، ولا يعود الاستثناء إلى غير ذلك ٠

= التائب من الذنب كمن لا ذنب له " ولأن شهادة الكافر تقبل بمجرد الإسلام فشهادة الفاسق تقبل بمجرد التوبة من باب أولى ٠ كشاف القناع جـ ٦ ص ٤١٩ ٠

(١) سورة التوبة رقم ٤ ، والآية رقم ٥ ، وقد صرح بعض العلماء بأن توبة القاذف تكون بأن يكذب نفسه حتى لو كان صادقا فيقول : كذبت فيما قلت ، لأنه كاذب فى حكم الله تعالى بقوله : ﴿ فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى أنه كاذب فى حكم الله تعالى ، وإن كان فى الأمر نفسه صادقا ، ويرى هذا الرأى الإمام الشافعى وأما الإمام مالك فيرى : أنه ليس من شرط توبته ولا يؤثر فى قبول شهادته ، رجوعه عن قذفه وإنما يعتبر فى ذلك بصلاح حاله ، ووجه الرأى الأول : أن المعصية إذا كانت بالأقوال فإن التوبة منها بالقول وتكذيب الإنسان لنفسه لجريمة الردة عن الإسلام لما كانت قولا كانت التوبة منها بتكذيب قوله المقدم ٠ ووجه الرأى الثانى : أن هذه توبة من ذنب ، فكانت بالاستغفار والعمل الصالح كسائر الذنوب ٠

المنتقى ، شرح موطأ مالك ، جـ ٥ ص ٢٠٨ ، وكشاف القناع جـ ٦ ، ص ٤٢٠ ٠

وأما جمهور العلماء فيرون عود الاستثناء إلى جميع المذكور في الآية الكريمة إلا ما خصصه الإجماع وهو عدم سقوط الحد بالتوبة [١].

وهذه القاعدة التي اختلف الجمهور وأبو حنيفة حولها ، وهي إذا تعقب الاستثناء جملا معطوفة هل يعود إلى جميعها كما يرى الجمهور ومنهم مالك والشافعي وأصحابهما ، أو يرجع الاستثناء إلى أقرب مذكور كما يرى أبو حنيفة ، وجل أصحابه ؟ ، هذه القاعدة أيضا سبب الخلاف بين العلماء فيها سببان :

السبب الأول : هل الجمل المعطوفة لها حكم الجملة الواحدة نظرا للعطف الذي فيها ، أم أن لكل جملة من هذه الجمل المعطوفة لها حكمها المستقل ، وحرف العطف محسن لا مشرك ، وهذا هو الصحيح في عطف الجمل ، بدليل أنه يجوز أن تعطف الجمل المختلفة على بعض كما هو المعروف في علم النحو •

السبب الثاني : هل الاستثناء نشبهه بالشرط في عوده إلى الجمل المتقدمة عليه ، فإنه يعود إلى جميع الجمل عند الفقهاء أولا نشبهه بالشرط ، لأن تشبيهه بالشرط ، نكون قد قسناه عليه ، والقياس في اللغة لا يصح كما هو مقرر في علم أصول الفقه •

---

(١) بداية المجتهد ، جـ ٢ ص ٥٠٣ ، ومغني المحتاج ، جـ ٤ ص ٤٣٤ ، وما بعدها وكشاف القناع جـ ٦ ص ٤٢٣ ، وزوائد الكافي والمحرر على المقنع لعبد الرحمن بن عبيدان ، جـ ٢ ص ٢٢٩ ، والاختيار لتعليل المختار ، جـ ٢ ص ٢٠٤ ، وما بعدها ، وتكملة حاشية ابن عابدين ، جـ ٧ ص ١١٢ ، واللباب ، جـ ٤ ص ٦٠ ووسائل الشيعة ، جـ ١٨ ، ص ٢٨٢ •

ويرى القرطبى : أن كلا الأمرين محتمل ولا ترجيح بينهما ، ولهذا يتعين الوقف ، وبين أن الإشكال يتأيد بأنه قد جاء فى القرآن الكريم كلا الأمرين ، فآية المحاربة قد عاذ الضمير فيها إلى الجميع باتفاق العلماء وهى قوله تبارك وتعالى : ﴿ **إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم** ﴾ (١).

وآية قتل المؤمن خطأ الاستثناء فيها يعود على الأخيرة فقط باتفاق العلماء ، وهى قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وما كان لؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا** ﴾ (٢) . وآية القذف التى معنا الآن محتملة للوجهين .

ثم بين القرطبى أن علماء المالكية يقولون إن هذا من ناحية النظر الكلى الأصولى ، وبين أنه يترجح قول مالك والشافعى من ناحية النظر الفقهى الجزئى ، بأن يقال : الاستثناء فى آية القذف راجع إلى الفسق ، والنهى عن قبول الشهادة جميعا إلا أن يثبت التفريق بين ذلك بحديث يجب التسليم له .

وأيضا فإن الإجماع قد قام على أن التوبة تمحو الكفر ، فيجب أن يكون ما هو أقل من الكفر أولى .

---

(١) سورة المائدة الآيتان ٣٣ ، ٣٤ .

(٢) سورة النساء ، الآية ٩٢ .

ونقل القرطبى عن أبى عبيد قوله الاستثناء يرجع إلى الجمل السابقة، معللا ذلك بأنه ليس من نسب إنسانا إلى الزنا بأعظم جرما من مرتكب الزنا ، ثم الزانى إذا تاب قبلت شهادته ، لأن " التائب من الذنب كمن لا ذنب له " ، وإذا قبل الله التوبة من العبد كان العباد بالقبول أولى ، مع أن مثل هذا الاستثناء موجود فى مواضع من القرآن ، منها قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ إلى قوله : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ ، ولا شك أن هذا الاستثناء إلى الجميع ٠

ونقل القرطبى أيضا عن الزجاج قوله : " وليس القاذف بأشد جرما من الكافر ، فحقه إذا تاب وأصلح أن تقبل شهادته ، وقال الزجاج : وقوله : ﴿ أبدا ﴾ أى ما دام قاذفا ، كما يقال : لا تقبل شهادة الكافر أبدا ، فإن معناه ما دام كافرا ٠

ومما يؤيد قبول شهادة التائب من القذف ــ عند أصحاب هذا الرأى ــ أنه إن كان الاستثناء يرجع إلى الجملة الأخيرة عند أقوام من الأصوليين ، فقول الله تعالى : ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ تعليل لا جملة مستقلة بنفسها ، أى لا تقبلوا شهادتهم لفسقهم ، فإذا زال الفسق فلم لا تقبل شهادتهم ؟ [1].

وعلى الرأى القائل بقبول شهادة التائب من القذف ففى أى شئ تقبل شهادته ؟ اختلف العلماء فى هذا أيضا فيرى بعض العلماء : أن شهادته تقبل فى كل شئ إلا فى القذف ، ويعلل لهذا الرأى : أن الصفات التى طبعت عليها الناس أن من كانت به وصمة أو تورط فى أمر من الأمور

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبى ، جـ ١٢ ، ص ١٨٠ ، ١٨١ ٠

يحرص على أن يلحق ذلك بغيره من الناس حتى يساووه فى هذا الأمر ويتفى عنه معرة ذلك ، فيهتم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه ٠

ويرى بعض آخر من العلماء : أن من أقيم عليه الحد فى جريمة قذف أو زنا فإن شهادته تقبل فى القذف والزنا وغيره ، وعلل لهذا الرأى : بأنه إذا حكمنا بعدالته فإن هذا ينفى مثل هذه التهمة عنه ، فإذا قبلنا شهادته فى غير ذلك من الحد وجب أن نقبل شهادته فى جريمة القذف [1].

الشرط الخامس من شروط أداء الشهادة : النطق :

فلا تقبل الشهادة من الأخرس ، حتى لو كانت إشارته مفهومة ، لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين ، وإنما اكتفى بإشارة الأخرس فى أحكامه المختصة به للضرورة ، وهذا ما يراه فقهاء الحنفية ومالك وأحمد ، وهو قول للشافعى ، والأصح من قوله أن شهادته مقبولة إذا كانت إشارته مفهومة [2].

الشرط السادس : كونه يقظانا :

فلا تقبل شهادة مغفل لا يضبط الأمور ، ولا كثير الغلط والنسيان ، لأن الثقة لا تحصل بقوله ، لأنه من المحتمل أن تكون شهادته فى الأمور التى غلط فيها وسها ، ولأنه ربما شهد على غير من استشهد عليه [3].

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك ، جـ ٥ ، ص ٢٠٨ ٠

(٢) كشاف القناع ، جـ ٦ ص ٤١١ ، وفتح القدير ، للكمال بن الهمام ، جـ ٧ ص٣٩٩ ٠

(٣) كشاف القناع جـ ٦ ص ٤١٢ ٠

الشرط السابع : كونه غير متهم بتهمة ترد شهادته :

فلا تقبل شهادة المتهم ، لقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا** ﴾ [١] ، والريبة حاصلة فى المتهم ، ولما روى الحاكم أن النبى ﷺ قال : " لا تجوز شهادة ذى الظنة ، ولا ذى الحنة " .

ومعنى الظنة ـ بكسر الظاء وتشديد النون ـ التهمة [٢] ، ومعنى الحنة ـ بكسر الحاء وفتح النون بلا تشديد : العداوة .

وقد بين العلماء أن أصل رد الشهادة ومبناه التهمة ، لأنها خبر يحتمل الصدق والكذب ، وإنما تحصل الحجة بهذا الخبر بترجيح جانب الصدق فيه على جانب الكذب ، وبوجود التهمة أى الشك والريبة لا يترجح جانب الصدق ، كما بين العلماء أن التهمة قد تكون لمعنى فى الشاهد كما لو كان فاسقا ، فإن من لم ينزجر عن غير الكذب من المحرمات فقد لا ينزجر عن الكذب أيضا فكان متهما بالكذب ، وقد تكون التهمة لمعنى فى المشهود له من قرابة يتهم بها بإيثار المشهود له على المشهود عليه ، وقد تكون لخلل فى أداء التمييز كالعجمى المفضى إلى تهمة الغلط فى الشهادة [٣].

ومعنى التهمة : أن يجر بشهادته نفعا إلى نفسه أو إلى من لا تقبل شهادته له ، أو يدفع عنها أو عمن ذكر ضررا [٤] ، هذا ، وسنتكلم عن

---

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢ .

(٢) التهمة بضم التاء وفتح الهاء .

(٣) العناية على الهداية ، للبابرتى ، جـ ٧ ، ص ٣٩٧ .

(٤) نهاية المحتاج ، للرملى ، جـ ٨ ، ص ٣٠٠ .

حكم شهادة الأب لابنه ، والابن لأبيه ، وشهادة أحد الزوجين للآخــر ، وشهادة الأخ لأخيه ، وشهادة العدو على عدوه ٠

شهادة الأب لابنه والعكس :

يرى جمهور العلماء رد شهادة الأب لابنه ، والإبـــن لأبيـــه والأم لابنها ، وابنها لها ، لأن المنافع بين الآباء والأولاد متصلة ، ولـــهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم ، فتكون شهادة لنفســـه مـــن وجـــه ، ولتمكـــن التهمة ٠

وخالف شريح ، وأبو ثور ، وداود بن على الظـــاهرى ، فقـــالوا : تقبل شهادة الأب لابنه إذا كان الأب عدلا ، واستند هؤلاء إلى قـــول الله تبارك وتعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط لله ولـــو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [1] ، وما دام الله عز وجـــل قـــد أمرنا أن نؤدى الشهادة ولو كانت على أنفسنا أو على الوالدين والأقربين فإن هذا يقتضى إجزاء المأمور به ، ولا يستثنى من هذا إلا ما خصصه إجماع العلماء من شهادة المرء لنفسه ، فإنـــها لا تصـــح بالإجمـــاع ، فيستثنى هذا فقط ، ويبقى ما عداه على الإجزاء ٠

ويمكن أن يعلل لرأيهم أيضا : بأن الشهادة تـــرد لموضـــع اتـــهام الشاهد بالكذب ، وهذه التهمة إنما هى فى جانب الفاسق ، وأما الشخص المتصف بالعدالة فلا توجد هذه التهمة فى جانبه ، لأنه لا تجتمع العدالة مع التهمة ٠

---

(١) سورة النساء ، الآية رقم ١٣٥ ٠

شهادة أحد الزوجين للآخر :

اختلف العلماء فى شهادة أحد الزوجين للآخر ، فيرى أبو حنيفة ، ومالك والحنابلة عدم صحة هذه الشهادة ، وأجازها الشافعى ، وأبو ثور والحسن البصرى •

ويرى ابن أبى ليلى ، والنخعى قبول شهادة الزوج لزوجه ، وعدم قبول شهادتها له •

وقد علل العلماء لعدم قبول شهادة أحد الزوجين للآخر : بأن المنافع بينهما متصلة فى العادة ، فتقع الشهادة لنفسه من وجه ، فالشاهد منهما ينتفع بشهادته ، لتبسط كل منهما فى مال الآخر ، ولأن يسار الرجل يزيد فى نفقة زوجته •

وأما الرأى القائل بقبول شهادة أحد الزوجين للآخر فقد علل له : بأن الحاصل بين الزوجين عقد يطرأ ويزول فلا يمنع قبول الشهادة ، كما لو شهد الأجير للمستأجر وعكسه •

ونرى : رجحان الرأى القائل بعدم قبول شهادة أحد الزوجين للآخر فالتهمة هنا قوية ، وليست درجة العلاقة بين الزوجين كالدرجة التى بين الأجير والمستأجر فهى أقوى وأدوم من جانب الزوجين ومصالحهما مشتركة إذا وجد النفع لأحدهما يعود ولو بطريق غير مباشر إلى الزوج الآخر ، ووجود المحبة والميل القلبى الموجود عادة بين الزوجين تهمة تمنع قبول الشهادة ، وقد لا يوجد هذا بين الأجير والمستأجر ، فالقياس هنا غير سليم •

شهادة الأخ لأخيه :

يرى جمهور العلماء صحة شهادة الأخ لأخيه وقيدها الإمام مالك بما إذا كان يدفع بذلك عن نفسه عارا ، وما لم يكن منقطعا إلى أخيه يناله بره وصلته ، وخالف الأوزاعى الجمهور فقال : لا تجوز .

ولعل الميل الغريزى من الأخ لأخيه يمكن أن يكون تهمة ترد شهادة الأخ لأخيه ، فمن هذه الناحية نرى أن الأوزاعى قد احتاط فى هذا الأمر عندما قال بعدم الجواز ، فلعل رأيه أصوب .

شهادة العدو على عدوه :

العدو : هو من يبغض المشهود عليه بحيث يتمنى نعمته ، ويحزن لسروره ويفرح بمصيبته .

وقد اختلف العلماء أيضا فى قبول شهادة العدو على عدوه ، فيرى مالك والشافعى عدم قبولها ، وهذا ما اختاره المتأخرون من فقهاء الحنفية [١].

ويرى الحنابلة قبولها [٢].

وبين العلماء أن العدو هنا هو العدو فى الأمور الدنيوية ، وأما العداوة فى الأمور الدينية فليست قادحة فى الشهادة ، فتقبل شهادة المسلم على غير المسلم ، وشهادة غير المبتدع على المبتدع [٣].

---

(١) فى هذه المسألة قولان معتمدان عند فقهاء الحنفية أحدهما عدم قبولها على العدو ، وهذا اختيار المتأخرين ، ثانيهما : أنها تقبل إلا إذا فسق بها .

(٢) المغنى ، جـ ١١ ، ص ٤٢٥ .

(٣) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٣٥ .

الشرط الثامن من شروط أداء الشهادة : الرشد عند بعض الفقهاء :

اشترط الشافعية والمالكية فى الشاهد أن يكون رشيدا ، وعلى هذا فلا تقبل شهادة المحجور عليه بسفه عندهم [1].

الشرط التاسع عند جمهور الفقهاء: الذكورة فى الشهادة بالحدود ، والقصاص :

فلا تقبل – عند جمهور العلماء – شهادة المرأة فى قضايا الحدود والقصاص ، وخالف ابن حزم الظاهرى فأجاز شهادتها فى الحدود والقصاص ، فهى عنده تصلح شاهدة فى كل شئ [2] ، وكذلك يرى الشوكانى جواز شهادة النساء فى القصاص [3] . ويرى البعض : جواز شهادة النساء فى كل شئ مع الرجال إلا الزنا ، لأنه لا ينبغى أن تنظر ألنساء إلى جريمة الزنا وقت ارتكابها [4].

وقال عطاء بن أبى رباح : تجوز شهادة النساء مع الرجال فى كل شئ ، وتجوز على الزنا امرأتان وثلاثة رجال [5] ، وسنعود إلى هذا الموضوع مرة ثانية إن شاء الله تعالى بشئ من التفصيل ، عند الكلام عن مراتب الشهادة .

---

(1) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، جـ ٢ ص ٣٤٩ ، وحاشية الدسوقى ، جـ٤ ص ٦٥ ، والمجانى الزهرية ص ٨٠ .

(2) المحلى لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٩٥ .

(3) نيل الأوطار ، للشوكانى ، جـ ٧ ، ص ١٨٣ .

(4) المحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٩٧ .

(5) المحلى ، جـ ٩ ، ص ٣٩٨ .

هل يشترط البصر فى أداء الشهادة ؟

وعدنا عند كلامنا عن شروط التحمل فى الشهادة أن نعود بالتفصيل إلى الكلام عن شهادة الأعمى ، ونحن الآن نفصل الكلام فنقول :

يرى ابن القيم قبول شهادة الأعمى فى المسموعات ، قال : " دلت الأدلة المتضافرة – التى تقرب من القطع – على قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع إذا عرف الصوت [1].

وفى الفقه الحنفى نجد رأيا يقول بعدم قبول شهادة الأعمى ، لأن أداء الشهادة يحتاج إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه والأعمى لا يميز إلا بالنغمة ، والنغمة قد تشبه النغمة [2].

ويرى المالكية قبول شهادة الأعمى فيما عدا المرئيات مطلقا ، من المسموعات والملموسات ، والمذوقات ، والمشمومات ، سواء تحملها قبل العمى أم لا ، لأنه يضبط الأقوال بسمعه ، والملموس ، والمذوق ، والمشموم يستوى فيه الأعمى وغيره .

قال ابن العربى المفسر المعروف المالكى المذهب – عند تفسير قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم** ﴾ [3] : " عموم قوله تعالى : ﴿ **من رجالكم** ﴾ يقتضى جواز شهادة الأعمى على ما يتحققه ويعلمه ، فإن السمع فى الأصوات طريق للعلم كالبصر

---

(١) الطرق الحكمية ، ص ٢٤٢ .

(٢) الطرق الحكمية ، ص ٢٤٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

للألوان ، فما علمه أداه ، كما يطأ زوجته بـــاللمس والشـــم ، ويـــأكل بالذوق ، فلم لا يشهد على طعام اختلف فيه قد ذاقه " [(١)].

وأما الأفعال المرئية فلا تجوز شهادته فيها عند المالكية مطلقا كمـــا هو المذهب عندهم ، سواء أكان قد علمها قبل العمى أم لا ، كما قـــال بعضهم ، ويرى بعض آخر منهم : أنه تجوز شهادته بالأفعال إن كـــان علمها قبل العمى ، أو علمها بحس كما فى الزنا [(٢)].

ويرى الشافعية : عدم قبول شهادة الأعمى إلا فى أربعة مواضع .

الأول : الترجمة ، فيجوز أن يكون مترجما أمـــام القـــاضى ، لأن الترجمة تفسير ، ونقل اللفظ لا يحتاج إلى معاينة وإشارة .

ويشترط الشافعية فى ترجمة كلام الخصم أو الشاهد للقـــاضى أن يقوم بالترجمة اثنان على الأقل ، فلا يكفى مترجم واحد .

الثانى : ما يثبت بالاستفاضة ، مثل النسب ، والموت ، والزواج .

الثالث : ما تحمله قبل العمى ، إن كان المشهود له والمشهود عليـــه معروفى الاسم والنسب ، لحصول العلم بالمشهود عليه .

الرابع : فى قبضه على المقر إلى أن يشهد عليه عند القاضى بمـــا سمعه منه ، من طلاق ، أو عتق ، أو مال معروف الاســـم والنســـب ، وما شابه ذلك .

---

(١) أحكام القرآن ، لابن العربى ، القسم الأول ، ص ٢٥٢ .

(٢) حاشية الدسوقى ، جـ ٤ ص ١٦٧ .

وزاد بعض الشافعية إسماع الأعمى للقاضى كلام الخصم أو الشاهد فيجوز الإسماع منه [1].

ويرى الحنابلة : صحة شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت ٠

ويرى الظاهرية : قبول شهادة الأعمى مطلقا فى الأقوال والأفعال فيما تحمله قبل العمى ، وفيما تحمله بعد العمى [2].

وإذا دخل شخص فى الشهادة وهو بصير ، ثم أداها وهو أعمى فإن الشافعي يرى جواز ذلك ، وأما إذا دخلها وهو أعمى ثم أداها وهو بصير ، فلا تجوز عنده ، وهذا أيضا ما يراه ابن أبى ليلى ، ويرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أنه إن دخلها وهو بصير ثم أداها وهو أعمى لم تجز شهادته ، وإن دخلها وهو أعمى ثم أداها وهو بصير جازت ، وأما أبو يوسف فيرى أنه إن دخلها وهو بصير ثم أداها وهو أعمى جازت ، فيوافق الشافعي فى ذلك [3].

مراتب الشهادة :

اتفق العلماء على ما يأتى :

أولا : لا تثبت جريمة الزنا بأقل من أربعة شهود عدول ذكور ، إلا من خالف جمهور العلماء كابن حزم ، فإنه يرى أن المرأة لها حق

---

(١) الشرقاوى على التحرير ، جـ ٢ ، ص ٥٣٢ ، دار إحياء الكتب العربية ، وتكملة المجموع شرح المهذب ، للمطيعى ، جـ ٢٠ ، ص ٢٦٣ ٠

(٢) المحلى لابن حزم ، ص ٩ ، ص ٤٣٣ ٠

(٣) أدب القاضى ، لابن القاص ، جـ ١ ص ٣٠٤ ، وفتح القدير ، لابن الهمام ، جـ ٧ ص ٣٩٩ ٠

الشهادة فى كل شئ ، قال ابن حزم : " ولا يجوز أن يقبل فى الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين ، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين ، أو رجلين ، وأربع نسوة ، أو رجلا واحدا وست نسوة ، أو ثمان نسوة فقط ، ولا يقبل فى سائر الحقوق كلها فى الحدود ، والدماء ، وما فيه من القصاص ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والأموال ، إلا رجلان مسلمان عدلان ، أو رجل وامرأتان كذلك ، أو أربع نسوة كذلك " [1].

وقد استدل العلماء على اشتراط أربعة شهود ذكور فى إثبات جريمة الزنا بقول الله تبارك وتعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة** ﴾ [2] ، وقوله تبارك وتعالى : ﴿ **واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم** ﴾ [3] . وقوله تبارك وتعالى : ﴿ **لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء** ﴾ [4] ، وما رواه مسلم أن سعد بن عبادة ــ رضى الله عنه ــ قال لرسول الله ﷺ : " لو وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال : نعم " .

ثانيا : تثبت الأموال وما كان المقصود منه المال بشاهدين ذكرين عدلين ، أو بشاهد عدل ذكر وامرأتين ، والمال كالأعيان والديون ، وأما ما كان المقصود منه المال فذلك كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، والإقرار ، والغصب ، وقتل الخطأ ، وما ماثل هذا .

---

(1) المحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

(2) سورة النور ، الآية رقم ٤ .

(3) سورة النساء ، الآية رقم ١٥ .

(4) سورة النور ، الآية ١٣ .

كل ذلك يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وهذا محل إجماع بين العلماء [1] لقوله تبارك وتعالى : ﴿ **واستشـــهدوا شـــهيدين مـــن رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتـــان ممـــن ترضـــون مـــن الشهداء ، أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** ﴾ [2].

فكان هذا النص الكريم على عمومه إلا الأمور التـــى جـــاء دليـــل خاص يخصصها .

ولا يشترط عند اشتراك رجل وامرأتين فـــى الشـــهادة أن تتقـــدم شهادة الرجل على المرأتين ، فتصح الشهادة سواء تقدمت شهادته علـــى المرأتين أو تأخرت ، بل ولا يشترط العجز عن شهادة رجلين ، فســـواء أكان من المقدور شهادة رجلين أم كان من غير المقدور فـــإن شـــهادة المرأتين مع الرجل صحيحة [3].

هذا ، وقد بين الله عز وجل سبب كون شهادة المرأتين تقومان مقام شهادة رجل ، وهو أن إحدى المرأتين الشاهدتين قـــد تنســـى فتذكرهـــا

---

(١) كفاية الأخيار ، جـ ٢ ، ص ٢٨٠ .

(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ ، وقد يسأل سائل : لماذا لم يكتف بامرأة واحدة مع رجل فيذكرها الرجل الذى معها إذا نسيت ، فما الحكمة فيه ؟

أجاب عن هذا ابن العربى الفقيه المالكى والمفسر المشهور بقوله : "إن الله ســـبحانه شرع ما أراد ، وهو أعلم بالحكمة ، وأوفى بالمصلحة ، وليس يلزم أن يعلم الخلـــق وجوه وأنواع المصالح فى الأحكام ، وقد أشار علماؤنا أنه لو ذكرهـــا إذا نســـيت لكانت شهادة واحدة ، فإذا كانت امرأتين وذكرت إحداهما الأخرى كانت شـــهادتهما شهادة رجل واحد ، كالرجل يستذكر فى نفسه فيتذكر " . أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٥٥ .

(٣) كفاية الأخيار ، جـ ٢ ص ٢٨٠ .

المرأة الأخرى ، ومعنى هذا أن المرأة بطبيعتها معرضة للنسيان أكثر من الرجل ، ولعل ذلك راجع إلى ما يعتريها من أمور طبيعية كالحيض والنفاس ، والحمل ، مما قد يؤثر على قوة حافظتها ، فينسيها بعض الوقائع ، فإذا كان امرأتان فى الشهادة فإن إحداهما تذكر الأخرى إذا نسيت ، ويرى بعض العلماء المعاصرين : أن الإسلام عندما جعل شهادة المرأتين مساوية لشهادة رجل واحد ، فإنه بذلك يقدر ظروف المرأة واهتماماتها التى تجعلها — فى الغالب — على بعد من تعاملات المجتمع فى البيع والشراء والمداينة ، أما الأشياء التى تكون على قرب منها وتحيط بها دون سواها من الرجال ، فقد أخذ الإسلام بشهادتها دون الرجال ، وذلك كأمور الرضاع والولادة ، والحيض ، والبكارة ، والثيوبة [1].

واختلف العلماء على الصورة الآتية :

أولا : جمهور العلماء على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ، ويرى الحسن البصرى أنه لا تقبل الشهادة بأقل من أربعة شهداء .

وهذا الرأى ضعيف ، لقول الله تبارك وتعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ وقوله تبارك وتعالى : ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ .

ويرى أحمد بن حنبل فيما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب قبول شهادة الخبير أو الطبيب الواحد إذا لم يوجد غيره ، وأما إذا أمكن شهادة اثنين فقال فقهاء الحنابلة لا يكتفى بدونهما .

---

(١) الشيخ محمد متولى الشعراوى ، فى أحاديثه الدينية ، جريدة الأخبار القاهرية ، فى ١٩٩٣/٩/٣ .

كما يرى أحمد أيضا ـ فى إحدى روايتين عنه ـ قبـول شـهادة الواحد فى الترجمة ونحوها ٠

ويرى مالك ، والشافعى ، وبعض فقهاء الحنابلة أنـه لابـد فـى الترجمة من اثنين عدلين ٠

والاكتفاء بواحد فى الترجمة هو قول أبى حنيفة أيضا [1] ، ويـرى محمد بن الحسن أنه لا يجوز أقل من رجلين أو شاهد وامرأتين [2]٠

ثانيا : جمهور العلماء على أن الحكم يجب بالشاهدين مـن غـير يمين المدعى ، ويرى ابن أبى ليلى أنه لابد من يمينه ٠

ثالثا : فريق من العلماء يرون أنه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود والقصاص ، سواء كان معهن رجل أو كن منفردات ، وقد استند هـذا الرأى إلى ما روى مالك عن الزهرى قال : " مضت السنة أنه لا يجوز شهادة النساء فى الحدود ، ولا فى النكاح ، والطلاق ، فهذا الحديث بين أن ثلاثة أشياء لا تقبل فيها شهادة المرأة وقاسوا القصاص على الثلاثـة المذكورة بجامع أن الكل ليس مالا ، ولا يقصد منه مال ٠

ولم يقتصر الشافعية على قياس القصاص فقط على هذه الثلاثة بـل أدخلوا فى القياس أيضا : ما يطلع عليه الرجال غالبـا ، كالرجعـة ، والإسلام ، والردة والجرح والتعديل ، والموت ، والإعسار ، والوكالة ، والوصاية ، والشهادة على الشهادة ٠

وحكى صاحب البحر الزخـار عـن الأوزاعـى والزهـرى أن القصاص كالأموال فيكفى فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ٠

ويرى ابن حزم أن شهادة النساء تقبل فى الحدود والقصـاص ، إذا كان النساء أكثر من واحدة ، قال ابن حزم : " ولا يجوز أن يقبل فـى

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ، جـ ٢ ص ١٩٥ ٠

(٢) المبسوط للسرخسى ، جـ ١٦ ، ص ٨٩ ، وأدب القاضى ، لابن القاص ، جـ ١ ، ص ١٢١ ٠

الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين ، أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين ، أو رجلين وأربع نسوة ، أو رجلا واحدا وست نسوة ، أو ثمان نسوة فقط ، ولا يقبل فى سائر الحقوق كلها من الحدود ، والدماء ، وما فيه القصاص ، والنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والأموال ، إلا رجلان مسلمان عدلان ، أو رجل وامرأتان ، أو أربع نسوة كذلك ، ويقبل فى كل ذلك حاشا الحدود رجلى واحد عدل وامرأتان كذلك مع يمين الطالب " [1].

واستند ابن حزم فى رأيه إلى ظاهر الآية الكريمة : ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾ .

وقد بين الشوكانى أن حديث الزهرى الذى استند إليه الجمهور ضعيف ، فقد أخرج قول الزهرى المذكور ابن أبى شيبة ، بإسناد فيه الحجاج بن أرطأة ، وهو ضعيف ، بجانب أن الحديث مرسل لا تقوم بمثله الحجة [2].

وقال ابن حزم فى تضعيفه ، لهذا الحديث : " وأما الخبر من قول الزهرى : مضت السنة من النبى ﷺ ، ومن أبى بكر ، وعمر أنه لا يجوز شهادة النساء فى الطلاق ، ولا فى النكاح ، ولا فى الحدود فبلية ، لأنه منقطع من طريق إسماعيل بن عياش ، وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطأة ، وهو هالك " [3] ، ولهذا فإن الشوكانى يرى أن حديث

---

(1) المحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ونيل الأوطار ، للشوكانى جـ ٧ ، ص ١٨٢ .

(2) نيل الأوطار ، للشوكانى ، جـ ٧ ، ص ١٨٣ ، وكفاية الأخيار ، جـ ٢ ، ص ٢٨١ .

(3) المحلى ، لابن حزم جـ ٩ ص ٤٠٣ .

الزهرى لا يصلح مخصصا للعموم المستفاد من القرآن باعتبار ما دخل تحت نصه وهو الطلاق والنكاح ، والحدود ، فضلا عما لم يدخل تحت نصه ، بل ألحق بطريق القياس وهو القصاص .

ومراد الشوكانى من العموم المستفاد من القرآن هو ما يستفاد من قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** ﴾ (١) ، ولهذا فلا مانع عند الشوكانى أن يشهد رجل وامرأتان فى قضية من قضايا القصاص (٢).

رأى المالكية فى شهادة النساء بعضهن على بعض فى الأعراس ومساكن الطالبات ، ونحو ذلك :

اختلف المالكية فى شهادة النساء بعضهن على بعض فيما يقع بينهن من الجراح والقتل فى المواضع التى لا يحضرها الرجال ، كالحمامات العامة والخاصة بهن والأعراس ، والمآتم ، وما أشبه ذلك (٣) من صور الحياة التى نعيشها ، كمساكن الطالبات ، وحمامات السباحة الخاصة بالنساء ، ومدارس البنات ، ونوادى النساء ، فيرى بعض فقهائهم أن شهادتهن لا تجوز ، لأن الغالب عدم ضرورتهن إلى الاجتماع فى ذلك ، وصرح بعضهم بأن هذا الرأى هو الصحيح .

ويوجد رأى آخر عندهم بجواز شهادتهن لحاجتهن إلى ذلك ، قال أحد المؤيدين لهذا الرأى من المالكية : ولم يزل النساء يجتمعن فى

---

(١) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢ .

(٢) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٨٣ .

(٣) تبصرة الحكام جـ ١ ، ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ .

الأعراس والمآتم فى زمنه ﷺ وهلم جرا ، فإذا لم يقبل قول بعضهن على بعض ذهبت دماؤهن هدرا .

وبعضهم يحرر موضع الخلاف فى الفقه المالكى بأن هذا إذا كان اجتماعهن فى العرس المباح ، الذى لا يختلط فيه الرجال مع النساء ولم يكن هناك منكر ظاهر ، أو كان دخولهن الحمام العام بالملابس التى لا تكشف شيئا مما يجب عليهن ستره فهذه مسألة الخلاف عند فقهاء المالكية ، وأما إذا كن فى الحمام العام غير ساترات لما يجب ستره ، أو فى الأعراس التى يمتزج فيها الرجال والنساء فلا خلاف فى المذهب أن شهادة بعضهن على بعض لا تقبل ، وكذلك المأتم لا يحل حضوره إذا كان فيه نوح وما أشبه ذلك مما حرمه الشرع ، لأن النساء بحضورهن فى هذه المواضع تسقط عدالتهن ، والله تبارك وتعالى اشترط العدالة من الرجال والنساء بقوله عز وجل : ﴿ **ممن ترضون من الشهداء** ﴾ .

رابعا : يرى أبو حنيفة قبول شهادة النساء مع الرجال فى أحكام الأبدان ، مثل الزواج ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق .

وقد بين الحنفية مستند هذا الرأى (١) ، فذكروا أنه روى عن عمر : " أن النبى ﷺ أجاز شهادة النساء فى النكاح " .

وقالوا : إن المرأة من أهل الشهادة كما بينت الآية ، فتقبل شهادتها لوجود المشاهدة ، والحفظ ، والأداء كالرجل ، وأما زيادة النسيان فى المرأة فتجبر بزيادة العدد ، وإليه الإشارة بقوله تبارك وتعالى : ﴿ **أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** ﴾ .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ، جـ ٢ ، ص ١٩٦ .

ويرى مالك : أن شهادة النساء لا تقبل فى حكم من أحكام البدن ، وأما حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ، مثل الوكالات ، والوصية التى لا تتعلق إلا بالمال ، فقال مالك ، وابن القاسم ، وابن وهب : يقبل فيها شهادة شاهد وامرأتين ، وقال أشهب وابن الماجشون : لا يقبل فيها إلا رجلان .

خامسا : حقوق الأبدان التى لا يطلع عليها الرجال غالبا بل نادرا ، ويختص النساء بمعرفتها فى الغالب . مثل الولادة ، والحيض ، والعدة والبكارة ، والثيوبة ، واستهلال المولود ، وعيوب النساء تحت الثياب ، كالرتق ، والقرن ، والرضاع من الثدى وكذا عيوب النساء فى الأجزاء التى تعد من عورة المرأة كالبرص وغيره ، تقبل فيها شهادة النساء منفردات ، أى ليس معهن رجل ، عند فريق من العلماء .

وقد استدل لشهادة النساء منفردات فى هذه الأمور بقول الزهرى : " مضت السنة بأن تجوز شهادة النساء فى كل شئ لا يليه غيرهن ، رواه عبد الرزاق عن الزهرى بمعناه ، وأيضا فلأن الرجال لا يطلعون على ذلك فى الغالب ، فلو لم تقبل شهادة النساء فى هذه الأمور لأدى ذلك إلى تعذر إثباتها [1] .

ولم يختلف العلماء إلا فى الرضاع والاستهلال ، فيرى أبو حنيفة : عدم قبول شهادتين إلا مع الرجال ، لأن الرضاع عنده من حقوق الأبدان التى يطلع عليها الرجال والنساء ، فكما يطلع عليه النساء يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال ، فلا توجد الضرورة إلى

---

(١) كفاية الأخيار ، جـ ٢ ، ص ٢٨١ .

شهادتهن منفردات ، ولأن الحرمة متى ثبتت ترتب عليها زوال الملك في الزواج ، وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة الرجال .

وكذلك يرى أبو حنيفة : أنه لا تقبل شهادتهن منفردات في استهلال المولود ، لأن ذلك مما يطلع عليه الرجال فإن الاستهلال صوت يكون عقيب الولادة ، ويحل للرجال سماع هذا الصوت [1].

هل يشترط العدد في انفراد النساء بالشهادة ؟

الذين يرون قبول شهادة النساء منفردات في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مختلفون في العدد المشترط في ذلك منهن على الصورة الآتية :

الرأى الأول : كل موضع تقبل فيها شهادة النساء منفردات يصح فيه شهادة امرأة واحدة .

وهذا الرأى يراه أحمد ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والثورى ، قال ابن القيم : " وصح عن ابن عباس ، وروى عن عثمان ، وعلى ، والحسن البصرى ، والزهرى ، وروى عن ربيعة ، ويحيى بن سعيد ، وأبى الزناد ، والنخعى ، وشريح ، وطاوس ، والشعبى : الحكم فى الرضاع بشهادة امرأة واحدة ، وأن عثمان ﷺ فرق بشهادتها بين الرجال ونسائهم ، وذكر الزهرى أن الناس على ذلك ، وذكر الشعبى ذلك ، عن القضاة جملة ، وروى عن ابن عباس : أنها تستحلف مع ذلك " [2].

---

(١) الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ١٩٦ .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ، ص ١٨٢ .

الرأى الثانى : لا تقبل فيه امرأتان ، وهو ما يراه الحكم ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، ومالك ، والثورى ، ورواية أخرى عن أحمد وهو أيضا ما يراه الزهرى غير أنه استثنى الشهادة فى استهلال المولود فبين أنه يرى قبول شهادة امرأة واحدة فيه .

الرأى الثالث : لا يقبل فيما تصح فيه شهادة النساء منفردات إلا ثلاث نسوة لا أقل من ذلك ، وهذا ما يراه عثمان البتى .

الرأى الرابع : لا يقبل فيه إلا أربع نسوة ، وهو ما يراه عطاء ، والشعبى ، وقتادة ، والشافعى ، وأبو ثور .

أدلة الرأى الأول :

الدليل الأول : روى أحمد ، والبخارى ، وغيرهما عن عقبة ابن الحارث : " أنه تروج أم يحيى بن أبى إهاب ، فجاءت أمة (جارية) سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال : فذكرت ذلك للنبى ﷺ ، فأعرض عنى ، قال : فتنحيت فذكرت ذلك له ، فقال : كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما ، فنهاه عنها " ، وفى رواية دعها عنك .

مناقشة هذا الدليل :

أولا : أجيب عن الحديث بأنه محمول على الاستحباب .

الرد على هذه الإجابة :

رد الشوكانى بأن النهى حقيقة فى التحريم ــ كما هو القاعدة الأصولية ــ ، فلا يخرج عن معناه الحقيقى إلا لقرينة صارفة .

ثانيا : قال البعض إن أمر الرسول ﷺ كان من باب الاحتياط ، وأجيب : بأن هذا مخالف للظاهر ، ولا سيما بعد أن كرر السؤال أربع مرات كما فى بعض الروايات ، والنبى ﷺ يقول له فى جميعها : كيف وقد قيل ، وفى بعضها : دعها عنك .

ولو كان أمر الرسول ﷺ للرجل من باب الاحتياط لأمره بالطلاق لكن لم يثبت فى رواية أنه ﷺ أمره بالطلاق (1).

الدليل الثانى : ذكر ابن قدامة حديثا قال إن الفقهاء ذكروه فى كتبهم وهو ما رواه حذيفة أن النبى ﷺ أجاز شهادة القابلة .

الدليل الثالث : ذكره ابن قدامة أيضا ، وهو ما رواه أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال : " لا يجزئ فى الرضاع شهادة امرأة واحدة " .

الدليل الرابع : أن المشهود فيه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد ، كرواية الأحاديث ، وأخبار الديانات .

<u>دليل الرأى القائل بأن لابد من امرأتين :</u>

استدل لهذا الرأى بما يأتى :

أولا : الرجال أكمل عقلا من النساء ، ومع ذلك لا يقبل منهم فى الشهادة إلا اثنان .

---

(1) نيل الأوطار جـ ٧ ، ص ١٢٥ ، ومغنى المحتاج جـ ٤ ، ص ٤٤٢ ، والطرق الحكمية ص ١٥١ ، وص ١٨٢ ، ١٨٣ ، والاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص١٩٦ ، والمغنى جـ ٩ ، ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

ثانيا : كما كان عدد الرجال حيث تجوز شهادتهم اثنين ، فكذلـــك عدد النساء حيث تجوز شهادتهن اثنتين [1].

ويمكن أن نجيب على هذا بأن هذا الاستدلال فى مقابلة النص فـــلا يقبل .

دليل الرأى القائل بأن لابد من ثلاث :

استدل له بأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كمـــا لـــو كان معهن رجل . ويمكن أن نجيب عن هذا الاستدلال أيضا بما أجيـب به عن الاستدلال للرأى الذى قبله .

دليل الرأى القائل بأن لابد من أربع :

استدل لهذا الرأى بأن الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحـــد امرأتين ، واشترط الاثنينية فى قوله سبحانه وتعـــالى : ﴿ **واستشـــهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** ﴾ ، فلما أجاز الله عز وجل شهادة النساء هنا أقام امرأتين مقام رجل واحد ، فإن مقتضى هذا القياس أن تكون أربع نســـوة مقـــام رجلين [2].

مناقشة هذا الاستدلال :

يمكن أن يجاب : بأنه كان يمكن التسليم بهذا الاستدلال لو لم يـــرد فى الرضاع ما يخصص هذا العام ، فلا شك أن حديث عقبة بن الحارث أخص مطلقا .

---

(١) أدب القاضى ، لابن القاص ، جـ ١ ، ص ٢٨٩ .

(٢) أدب القاضى ، لابن القاص ، جـ ١ ، ص ٢٨٩ .

رجوع الشهود عن الشهادة :

إذا أدى الشهود شهادتهم ، ثم رجعوا عنها فما الحكم ؟

نحب فى البداية أن نبين أن العلماء قرروا أنه لا يصح الرجوع عن الشهادة إلا فى مجلس القاضى ، لأنه يحتاج فيه إلى حكم القاضى بمقتضى هذا الرجوع ، فلابد من مجلس القاضى كما هو الحال فى الشهادة فإنها لابد أن تؤدى أمام القاضى [1].

هذا ، وقد فصل العلماء فى هذه المسألة ، فالشهود إما أن يكون رجوعهم عن الشهادة قبل الحكم من القاضى ، أو أن يكون الرجوع بعد الحكم .

فإن كانوا رجعوا عن الشهادة قبل الحكم امتنع على القاضى الحكم بشهادتهم ، وإن أعادوها أيضا ، سواء أكانت شهادتهم فى قضية من قضايا العقوبات أم فى غيرها .

وقد علل لهذا بما يأتى :

أولا : لأن القاضى لا يدرى هل صدق الشهود فى موقفهم الأول أم فى موقفهم الثانى ، فينتفى الظن بصدقهم ، والظن بصدق الشاهد مطلوب .

ثانيا : لأن كذب الشهود ثابت بالتأكيد ، إما فى الشهادة ، أو فى الرجوع ، ولا يجوز الحكم بشهادة الكذاب .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ، ص ١٩٦ .

وبين العلماء أنه لو رجع الشهود عن شهادتهم فى جريمـــة الزنـــا وجب أن يعاقبوا بحد القذف ، وإن قالوا غلطنا ، لما فى هذا من التعيير اللاحق بالمشهود عليه ، وكان يلزمهم أن يتثبتوا قبـــل الإقـــدام علـــى الشهادة بالزنا ٠

لو كان الرجوع بعد الحكم :

لو كان الرجوع بعد الحكم ، فإما أن يكون قبل استيفاء المحكوم بـه أو يكون بعد استيفائه ٠

فإن رجعوا عن الشهادة بعد الحكم فى القضية وقبل الاستيفاء ، فإما أن يكون الرجوع قبل استيفاء مال شهدوا به ، أو شهدوا بعقد يوجبه ولو كان عقد زواج كما قال فقهاء الشافعية ، أو يكون الرجوع قبل اســتيفاء عقوبة ، ولكل من هاتين الصورتين حكمها ٠

فإن كان بعد الحكم وقبل استيفاء مال نفذ الحكم به واستوفى المـــال عند فريق من العلماء هم الجمهور ، لأن القضاء تم ، وهذا ليـــس مـــن الأمور التى تسقط بالشبهة حتى يتأثر برجوع الشهود عن شهادتهم ٠

ويرى سعيد بن المسيب والأوزاعى أن الحكم لا ينفذ ، لأن الحكـــم الذى حكم به القاضى كان مبنيا على شهادتيهما ، فإذا رجعا فيـــها زال ما بنى عليه حكم القاضى فيبطل الحكم : كما لو تبيـــن أن الشـــاهدين كافران ٠

وقد أجيب عن هذا : بأن بطلان الحكم فى حالة تبين أن الشـــاهدين كافران كان لعدم توافر شرط صحة الحكم وهو عدالة الشهود ، بخـــلاف

الحال هنا ، فيجوز أن يكون الشاهدان متحقق فيهما العدالة والصدق فى شهادتهما وإنما كان الكذب فى رجوعهما عن الشهادة .

وأما إن كان الرجوع بعد الحكم وقبل استيفاء عقوبة فـــى شـــهادة بها ، سواء أكانت لله تبارك وتعالى ، كحد الزنا ، أو كانت لآدمى كحـد القذف ، فلا تستوفى تلك العقوبة ، لأنها تســقط بالشــبهة ، ورجـوع الشهود شبهة .

<u>إن رجعوا بعد استيفاء المحكوم به :</u>

يرى الشافعية أنهم لو رجعوا بعد استيفاء المحكوم به لـــم ينقـض الحكم ، لتأكد الأمر بالاستيفاء ، ولأنه يجوز صدقهم فى الشهادة وكذبهم فى الرجوع ، ويجوز أيضا عكسه ، وليس لأحد الأمرين أولوية علـــى الآخر .

وعلى هذا فإن كان المستوفى عقوبة ، كأن كان قصاصا فى النفـس أو فى الطرف ، أو قتل ردة ، أو رجما فى جريمة الزنـــا ، أو جلــدا ومات المجلود ، أو كان قطع سرقة ، ثم رجعوا عن الشهادة وقـــالوا : تعمدنا الشهادة ، فإنه يجب عليهم القصاص ، أو دية مغلظة فى مالـــهم موزعة على عدد رؤوسهم ، إن عفى الأولياء عن القصاص إلى الدية ، لأنهم تسببوا فى إهلاكه .

وبين الشافعية أنه يجب القصاص على القاضى إن قال : تعمـــدت الحكم بشهادة الزور ، والقول بالقصاص على الشاهدين قال به أيضا ابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والأوزاعى ، والحنابلـــة غـــير أن الحنابلـ

قالوا : إذا قال الشهود تعمدنا الشهادة عليه ، ولا نعلم أنه يقتل بهذا ، وكان الشهود ممن يجوز أن يكون جاهلا بالحكم وجبت الدية في أموالهما مغلظة لأنه شبه عمد ، وكذلك يرى الحنفية أنه لا يفسخ الحكم إذا رجع الشهود بعد الحكم ، لكنهم قالوا : إذا رجع شهود القصاص ضمنوا الدية ولا قصاص عليهم ، لأن القصاص عند الحنفية لا يجب في جريمة القتل بالتسبب ، بل لابد في القصاص ـ عندهم ـ من القتل مباشرة ، ولا يوجد القتل بالمباشرة هنا [1].

إن رجع الشهود في الطلاق البائن وما ماثله :

إذا شهد شاهدان بطلاق بائن ، سواء أكان بعوض (خلعا) أم بثلاث ، أم قبل الدخول ، أو شهد بالرضاع الذى يثبت تحريم الزواج ، أو شهدا باللعان ، أو نحو ذلك مما يترتب عليه البينونة كالتفريق بين الزوجين بالعيوب [2] ، وفرق القاضي بين الزوجين بناء على شهادة الشهود ، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما فإن الشافعية يرون نفاذ الفراق ، وعللوا لهذا بأن قول الشاهدين في الرجوع محتمل للصدق والكذب ، فلا يرد الحكم بقول محتمل للصدق والكذب .

---

(1) مغني المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٥٧ ، والاختيار لتعليل المختار ، جـ ٢ ، ص ٢١٥ والمغني ، جـ ٩ ، ص ٢٤٧ ، وفتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٤٧٨ ، ونظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية للدكتور / أمين عبد المعبود ، ص ٨٠ ، الناشر مكتبة الصفار بالكويت .

(2) يرى جمهور العلماء : حق التفريق بين الزوجين بالعيوب فإذا كان الزوج مثلا لا يعلم بأن الزوجة مجنونة أو مجزومة أو برصاء ، أو رتقاء أو قرناء ثم عقد عليها ولم يحدث منه رضا بالعيب فله حق التفريق ولا يتحمل نصف المهر قبل الدخول .

ويلزم الشهود الراجعون عن الشهادة بمهر المثل للزوج [١] ، حتى لو كان الفراق قبل الوطء ، ويوجد قول آخر للإمام الشافعى بأنه إذا كان القاضى حكم بالفراق قبل الوطء ، وجب على الشهود الراجعين نصف مهر المثل ، لأن نصف المهر فقط هو الذى فات على الزوج .

وأما الرأى الأول ــ وهو الأقوى عند الشافعية ــ فقد نظر إلى بدل ما فوته الشهود على الزوج ، لأن النظر فى الإتلاف إلى الشئ الذى أتلف [٢].

إذا رجع الشهود ضمنوا المال :

إذا شهد شاهدان بمال ، فقضى به القاضى ، وأخذه المدعى ، ثم رجع الشاهدان فى شهادتهما ، ضمناه للمشهود عليه ، لوجود التسبب على وجه التعدى وهذا يوجب الضمان .

---

(١) مهر المثل : هو المهر الذى يدفع عادة لمثل هذه الزوجة .

(٢) هنا يمكن أن يعترض على الشافعية بأنهم قالوا فى مسألة مشابهة بحكم مخالف للرأى القوى عندهم فى مسألة رجوع الشهود فى الطلاق البائن وما ماثله . فلو كان رجل متزوجا من امرأة بالغة وعقد أيضا على طفلة صغيرة فى سن الرضاع ، فإن هذا العقد صحيح لكن لا يتمتع بها إلا إذا بلغت سنا تصلح فيه للاستمتاع ، فلو حدث أن أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة فإنه يلزم الكبيرة نصف مهر المثل فقط ، فلماذا لم يقل الشافعية بأن الأصح فى مسألة رجوع الشهود وجوب نصف مهر المثل فقط وليس مهر المثل كاملا ؟

وقد أجاب الشافعية عن هذا الاعتراض : بأن فرقة الرضاع حقيقة ، فلا توجب إلا النصف كالمفارقة بالطلاق ، أما فى مسألة رجوع الشهود فإن الزواج باق فى رأى الزوج والشهود ، لكن الشهود بشهادتهم قد حالوا بين الزوج والبضع ، فلزم أن يغرموا قيمته ، كالغاصب الذى حال بين المالك والشئ المغصوب .

مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٥٨ .

فإن رجع أحد الشاهدين فقط ضمن نصف المال المحكوم به ، ولو كان الشهود ثلاثة فرجع واحد منهم فقط فلا شئ عليه ، لأن شهادة الاثنين الباقيين على شهادتهما يثبت بها جميع الحق ، فإن رجع واحد آخر ضمنا نصف المال .

وإن كان الشهود رجلا وامرأتين فرجعت واحدة فعليها ربع المال ، وإن رجعت المرأتان ضمنتا نصفه .

ولو شهد رجل وعشر نسوة ، ثم رجع الجميع عن الشهادة ، فيرى أبو حنيفة ، أنه يلزم الرجل سدس المال ، ويلزم النساء خمسة أسداسه ، لأن كل امرأتين مقام رجل ، فصار الأمر كشهادة ستة من الرجال .

وأما أبو يوسف ومحمد بن الحسن فيريان : أنه يلزم الرجل نصف المال والنسوة العشر النصف الآخر ، لأن النساء وإن كثر عددهن في الشهادة فهن مقام رجل واحد ، لأنه لا يثبت بهن إلا نصف الحق .

ولو رجع ثمان من النسوة فلا شئ عليهن ، لأن نصاب الشهادة فى الأموال لازال باقيا بالرجل ، والمرأتين الباقيتين على شهادتهما من النسوة العشر .

ولو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف المال ولا شئ على الراجعات لأنه بقى منهن من يقوم به نصف الحق .

ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجع الجميع فالضمان على الرجلين خاصة ، لأن الحق ثبت بهما دون المرأة (١).

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ، جـ ٢ ، ص ٢١٣ .

تعارض البينتين من شخصين :

إذا ادعى شخصان عينا تحت يد شخص ثالث وهو منكر لها ، وأقام كل منهما بينة على أنها ملكه ، وكانت كل من البينتين مطلقة التاريخ ، أو كانتا متفقتين ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ، سقطت البينتان كما يقول الشافعية ، لتناقض موجبيهما ، فيكونان في هذه الحال أشبه بالدليلين إذا تعارضا ولا يوجد ما يرجح أحد الدليلين على الآخر .

وعلى هذا يصبح الأمر كأنه لا يوجد بينة ، ويصار إلى التحالف ، فيحلف الثالث لكل منهما يمينا ، هذا هو الرأى القوى فى فقه الشافعية .

ويوجد قول ضعيف للشافعى ﷺ لا تسقطان بل تستعملان صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان .

فعلى هذا الرأى الأخير يلزم نزع العين ممن هى فى يده ، لاتفاق البينتين على أن هذه العين ليست لواحد معين .

لكن ما هو التصرف الذى يفعل على هذا الرأى ؟ اختلفت الأقوال التى نقلت عن الشافعى ﷺ ، ففى قول له تقسم العين بينهما ، أى يكون لكل منهما نصفها ، وفى قول آخر يقرع بينهما ويرجح من خرجت له القرعة ، وفى قول ثالث توقف العين بينهما حتى يتبين الأمر فيها ، أو يصطلحا على شئ .

إذا كانت العين فى يدهما :

إذا كانت العين فى يد شخصين وأقام كل منهما بينة بقيت العين فى يدهما كما كانت أولا ، لأن البينتين لما تعارضتا تساقطتا ، فإنه ليس أحد المدعين أولى بالعين من الآخر .

إذا كانت العين فى يد أحدهما :

إذا كانت العين فى يد أحدهما ، فأقام غيره بينة بملكيته لهذه العين ، وأقام هو بينة قدمت بينة صاحب اليد ، لأنهما مستويان فى إقامة البينة ، ولكن بينته ترجحت بكون هذه العين تحت يده ، فيقضى له بها ، كما لو تعارض حديثان أحدهما يؤيده القياس [1].

زيادة العدد فى إحدى البينتين أو زيادة العدالة :

المذهب عند الشافعية أن البينتين تتساويان حتى لو كانت إحداهما تزيد فى العدد عن الأخرى ، فإذا كان مع كل من المدعيين شهود ، لكن شهود أحدهما أكثر عددا من شهود الآخر ، فلا ترجيح للشهود الأكثر ، بل قال الشافعية أيضا لا ترجيح حتى لو زاد وصف شهود أحد المدعيين من الورع أو غيره عن وصف شهود المدعى الآخر ، بل البينتان متعارضتان لكمال الحجة من الطرفين .

ويوجد قول للشافعى ﷺ أن الشهود الأكثر عددا يرجحون على الشهود الأقل [2].

وكذلك يرى أبو حنيفة ، والحنابلة أنه لا ترجيح بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة [3] ، وأما المالكية فيرون أنه ترجح إحدى البينتين بزيادة العدالة ، لكن لا ترجح بزيادة العدد — فى المشهور فى فقههم — ولو كثر إلا إذا أفادت الكثرة العلم [4].

---

(١) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٨٠ ، والمغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٢ .

(٢) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٨٢ .

(٣) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٢ .

(٤) الشرح الصغير للدردير ، مع حاشية الصاوى ، جـ ٤ ، ص ٣٠٦ .

ويرى الأوزاعى أنه عند تعارض البينتين تقسم العين بحسب عـــدد الشهود فإذا شهد شاهدان لأحدهما ، وشهد للآخر أربعة قســمت العيــن المتنازع عليها أثلاثا • فأما القائلون بالترجيح بكثرة العدد أو اشـــتهار العدالة فقد علل لرأيهم بما يأتى :

أولا : القياس على الرواية فى الحديث ، فلو تعارض حديثان فـلأحد الحديثين يرجح بذلك ، فكذلك الشهادة ، لأن كلا منهما خبر •

ثانيا : أن الشهادة إنما شرعت لأنها تحقق غلبة الظــن بالمشــهود به ، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن أقوى •

وأما الأوزاعى ، فقد علل لما يراه بأن الشهادة ســبب الاســتحقاق فيوزع الحق عليها •

وأما القائلون بأنه لا ترجيح بكثرة العدد ، ولا اشتهار العدالة فقــد علل لرأيهم بأن الشهادة مقدرة بالشرع فلها نصاب معين ، فلا تختلــف بالزيادة ، وأما الرواية فلا ضبط فيها ، ولذلك كان العمل فيها بـــأرجح الظنين فيصح فيها الترجيح بالزيادة [1].

<u>لو شهد لأحد المدعيين رجلان وشهد للآخر رجل وامرأتان :</u>

لو كان لأحد المدعيين شاهدان رجلان ، وللمدعى الآخـــر رجــل وامرأتان فى قضايا الأموال فيرى المالكية ترجيح جــانب الشــاهدين الرجلين [2].

---

(١) تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٣٠٩ ، والمغنى جـ ٩ ، ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ •

(٢) الشرح الصغير ، جـ ٤ ، ص ٣٠٦ ، وتبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٣١٠ •

والمذهب فى الفقه الشافعى أنه لا ترجيح للجانب الذى شهد له الرجلان لقيام الحجة بكل من البينتين ٠

ويوجد قول للشافعى يرجح الجانب الذى يشهد له الرجلان ، وعلل لهذا الرأى بزيادة الوثوق بشهادة الرجلين ، ولذلك يثبت بشهادة رجلين أمور لا تثبت برجل وامرأتين ٠

وصرح ابن قدامة أيضا من فقهاء الحنابلة بأنه لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى الأموال ، لأن كل واحد من البينتين حجة فى الأموال فإذا اجتمعتا تعارضتا [1]٠

<u>لو كان لأحد المدعيين شاهدان وللآخر شاهد ويمين :</u>

ذكر ابن قدامة رأيين فى الفقه الحنبلى على الإطلاق من غير تفصيل بين ما إذا كان لصاحب الشاهد واليمين يد على العين المدعاة ، أو لم يكن له يد عليها ٠

أحد الرأيين : لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الشاهد مع يمين الخصم الآخر ، لأن كل واحدة منهما حجة بمفردها فى الأموال ، فإذا اجتمعتا تعارضتا ٠

والرأى الثانى : أن الجانب الذى معه الشاهدان يرجح لأمرين :

الأول : أن الشاهدين حجة باتفاق العلماء ، وأما الشاهد واليمين فمختلف فيهما هل يصلحان حجة أم لا ؟

---

(١) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٨٢ ، والمغنى جـ ٩ ، ص ٢٨٣ ٠

الثانى : أن اليمين قول لنفس المدعى وأما البينة الكاملة فشهادة أجنبيين فيجب تقديم شهادة الأجنبيين ، كوجوب تقديمها على يمين المنكر [1] . وكذلك إذا انتقلنا إلى فقه المالكية نجد أحمد الدردير لم يفصل أيضا ، بل يقرر على الإطلاق ترجيح جانب الشاهدين على جانب الشاهد واليمين [2].

أما فى فقه الشافعية ، فنجد التفرقة فى الحكم بين ما إذا كان لصاحب الشاهد واليمين يد على العين المدعاة ، وما إذا لم يكن له يد عليها .

فإن لم يكن لصاحب الشاهد واليمين يد على العين المدعاة فإن جانب الشاهدين يرجح على جانب الشاهد واليمين ، كما هو القول الأقوى من قولين للشافعى ﷺ ، لأن الشاهدين حجة بإجماع العلماء ، وأما القضاء بالشاهد ويمين المدعى فمحل خلاف بينهم .

والقول الثانى المنقول عن الشافعى أنهما يتعادلان ، فإن كل واحد منهما حجة فى قضايا الأموال عند الانفراد .

وهذا الحكم – كما بين فقهاء الشافعية – إذا لم يكن لصاحب الشاهد واليمين يد على العين المدعاة ، وأما إذا كان له يد عليها فيقدم على المدعى الآخر ، كما هو الرأى الأقوى من رأيين لفقهاء الشافعية ، لأن وضع اليد يقوى جانبه [3].

---

(١) المغنى ، جـ ٩ ، ص ٢٨٣ .

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ، جـ ٤ ، ص ٣٠٦ .

(٣) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٣٠٩ .

هذا ، وفى ختام كلامنا عن تعارض البينتين نحب أن نذكر ما يراه ابن فرحون أحد فقهاء المالكية المشهورين ، فقد بين ثلاثة أمور للترجيح بين البينتين إذا تعارضتا ولم يمكن الجمع بينهما وإليك بيان هذه الأمور :

الأمر الأول : الزيادة فى العدالة ، وهذا هو المشهور فى الفقه المالكى ، مع ملاحظة أن الترجيح بالعدالة لا يكون إلا فى الأموال خاصة ، ويوجد رواية عن مالك ﷺ أنه لا يرجح بها ٠

الأمر الثانى : اشتمال إحدى البينتين على زيادة تاريخ المتقدم ، أو سبب ملك ، مثل أن تشهد بينة أنه ملك العين المتنازع عليها منذ سنة وتشهد الأخرى للمدعى الآخر أنه ملكها منذ سنتين فترجح السابقة ٠

وأما سبب الملك فمثل أن نذكر إحدى البينتين سبب الملك من نتاج أو زراعة ، وتكون شهادة البينة الأخرى مطلقة لا تذكر سوى مجرد الملك ، فإنه يرجح التى ذكرت السبب ٠

الأمر الثالث : قوة الحجة ، فيقدم الشاهدان على الشاهد واليمين ، وعلى الشاهد والمرأتين إذا استووا فى العدالة [١].

---

(١) تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٣٠٩ ٠

الشهادة على الشهادة

بين العلماء أنه يجوز الشهادة على الشهادة بإجماع العلماء [1] ، كأن يقول الشاهد الأصلى لشخص آخر : أنا شاهد بأن فلانا أقر عندى أن لفلان كذا من المال • وأشهدك على شهادتى ، فيشهد الآخر بهذه الشهادة ، فيقول أما القاضى : أشهد على شهادة فلان بكذا ، ويرى الحنفية أنه لا تجوز الشهادة على الشهادة إلا إذا قال الأصل اشهدوا على شهادتى بذلك ، أو اشهدوا أن فلانا أقر عندى أن لفلان عليه كذا فاشهدوا على شهادتى ، بذلك إذا احتيج إليها ، قالوا : لأنها فى الحقيقة توكيل وتحميل ، لأنه لابد من نقل الشهادة إلى مجلس القاضى ، ولما كانت لابد من نقلها كان لابد من تحملها ، والتحميل لا يصح إلا بالأمر [2].

<u>الأدلة على قبولها :</u>

أولا : عموم قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ •

ثانيا : الحاجة قد تدعوا إليها ، لأن الشاهد الأصلى قد يتعذر عليه أداء الشهادة لبعض العوارض كالسفر الطويل أو المرض ، أو الفقد •

ثالثا : الشهادة وسيلة من وسائل إظهار الحق كالإقرار ، فيصح الشهادة عليها •

---

(١) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد افندى ، جـ ٢ ، ص ٢١١ •

(٢) معين الحكام ، للطرابلسى ص ١١١ •

مجال قبولها : يرى الحنفية قبول الشهادة على الشهادة فى كل الحقوق التى لا تسقط بالشبهة ، وأما الحق الذى يسقط بالشبهة فلا تصح فيه ، ولهذا فهم يرون عدم قبولها فيما يوجب الحد أو القصاص (١).

وهذا أيضا ما يراه أحمد ، أما مالك فيرى : أنه تقبل فى الحدود والقصاص أيضا ٠ ويرى الشافعية : قبولها فى كل ما ليس عقوبة لله تبارك وتعالى ، كالإقرار والعقود ، والفسوخ ، والرضاع ، والولادة ، وعيوب النساء التى تجيز التفريق بين الزوجين بأمر القاضى ٠

وتقبل أيضا عند الشافعية فى إثبات عقوبة لآدمى ، كالقصاص وحد القذف (٢) ، أما العقوبة إذا كانت حقا لله تبارك وتعالى ، كالزنا ، وشرب الخمر ، فلا تقبل فيها الشهادة على الشهادة ، كما هو القول الأقوى من قولين للشافعى ﷺ ، لأن حق الله مبنى على التخفيف بخلاف حق الآدمى ٠

أسباب تحمل الشهادة على الشهادة :

بين العلماء أن تحمل الشهادة على الشهادة له أسباب ثلاثة :

الأول : أن يلتمس الشاهد الأصيل من الشاهد الفرع رعاية الشهادة وحفظها فيقول الأصيل للفرع مثلا : أنا شاهد بأن لفلان على فلان كذا ، وأشهدك على شهادتى ٠

---

(١) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٤٦٢ ٠

(٢) حد القذف فيه حقان : حق لله وحق للإنسان ، ويرى الشافعية : أن الغالب فيه حق الإنسان ويرى الحنفية : أن الغالب فيه حق الله ٠

السبب الثانى : أن يسمع رجل رجلا آخر يشهد أمام القاضى أو المحكم لفلان على فلان كذا من المال ، فله أن يشهد على شهادته ، وإن لم يلتمس منه الأصل هذه الشهادة .

السبب الثالث : أن يسمعه يقول : أشهد أن لفلان على فلان ألفا – مثلا – من ثمن مبيع ، أو قرض ، أو غيرهما ، فيجوز لمن سمعه أن يشهد على هذه الشهادة إذا كان قد بين سبب الشهادة حتى لو لم يطلب منه الأصل ذلك ، لأن بيان السبب رافع لاحتمال الوعد والتساهل .

هذا ما يراه الشافعية ، ويرى الحنفية أنه لو قال : اشهدوا على شهادتى ، فسمعها رجل آخر لم يشهد على شهادته ، وعللوا ذلك : بأن التحمل شرط ، ولم يوجد هذا التحمل [1] ونرى ضعف هذا الرأى ، لأن الشهادة وسيلة من وسائل إثبات الحقوق وأى وسيلة تثبت الحق تكون جائزة ، والشهادة على الشهادة يثبت بها الحق ، وسماع الرجل لقوله : اشهدوا على شهادتى نعده تحملا .

لو كان الشاهد الأصيل مردود الشهادة :

بين فقهاء الشافعية أنه لا يصح تحمل الشهادة على شخص مردود الشهادة بفسق ، أو غير لأنه غير مقبول الشهادة .

هل تقبل شهادة المرأة على شهادة غيرها :

يرى الحنفية : صحة شهادة النساء على شهادة غيرهن ، وأما الشافعية فيرون : أنه لا تقبل شهادة النساء فى هذا النوع من الشهادة ، حتى لو كانت الشهادة فى ولادة ، أو رضاع ، أو مال .

---

(١) معين الحكام للطرابلسي ص ١١١ .

شروط قبول الشهادة على الشهادة :

اشترط العلماء لقبول الشهادة على الشهادة عدة شروط :

الأول : تعذر أو تعسر الشاهد الأصيل ، كأن مرض بمرض يؤدى إلى أن يلحقه مشقة ظاهرة لو أدى الشهادة ، أو كان غائبا [1] ، أو كانت المرأة مخدرة ، كما قال الحنفية ، أى لا تخالط الرجال .

الشرط الثانى : أن يسمى الشهود الأصول ، حتى يعرف القاضى عدالتهم ويتمكن الخصم من تجريحهم إن عرف ما يجرحهم [2].

هل يجوز أخذ الأجرة على الشهادة ؟

بين فقهاء الشافعية ـ أنه لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه الشهادة [3] ، وأما من لم تتعين عليه فيحتمل رأيين عندهم .

---

(١) يقدر الحنفية الغيبة المعتبرة هنا بمسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعدا بالدواب ، وقد عللوا لهذا : بأن المعجز عن أداء الشهادة من الأصيل بعد المسافة ، فقدروها بمسافة اعتبرها الشرع بعيدة فأثبت رخصا عندها ، كالفطر فى رمضان ، وقصر الصلاة الرباعية ، وامتداد مسح الخف ، وعدم وجوب الجمعة ، وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج وغير ذلك ، وروى عن أبى يوسف صاحب أبى حنيفة أنه إن كان الشاهد الأصيل فى مكان لا يستطيع أن يبيت فى أهله لو غدا لأداء الشهادة فإن شهادة الفرع تصح ، إحياء لحقوق الناس ، وقد علق الحنفية على الرأى الأول بأنه الأحسن ، لأن العجز شرعا يتحقق به ، وعلقوا على رأى أبى يوسف بأنه أرفق ، لإحياء حقوق الناس ، وتوجد رواية أيضا عن أبى يوسف ومحمد أن شهادة الفرع تقبل وإن كانوا فى المصر ، لأنه ينقل قول الأصل فكان كنقل إقراره .

فتح القدير ، وشرح العناية على الهداية ، جـ ٧ ، ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، ومعين الحكام للطرابلسى ص ١١١ .

(٢) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٥٢ ، وما بعدها .

(٣) تتعين الشهادة كما لو كان شخصان قد شهدا عقدا ، أو على دين مثلا ، واحتاج القضاء إلى شهادتيهما ، وأما لو كان الشهود أكثر من المطلوب فلا تتعين الشهادة ، بل تصير فرض كفاية .

وأما الحنابلة فيرون أن من عنده ما يكفيه ليس له أن يأخذ أجرا على أداء الشهادة مع أنها فرض كفاية إلا أن فرض الكفاية إذا قام به البعض يقع منهم فرضا ، فالإنسان أثناء أدائه لفرض الكفاية إنما يقوم بفرض في وقت الأداء .

وإذا لم يكن عند الشاهد ما يكفيه ولم تتعين عليه الشهادة فيجوز عند الحنابلة أن يأخذ الشاهد أجرة على الشهادة ، وقد علل هذا الحكم : بأن النفقة على عيال الشاهد فرض عين عليه ، فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية ، فإذا أخذ الأجرة جمع بين الأمرين .

هذا إذا لم تتعين عليه الشهادة ، أما إذا تعينت عليه فيوجد احتمالان عند الحنابلة : أحدهما جواز أخذ الأجرة ، والثانى عدم الجواز لئلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين [(١)].

وقال ابن تيمية : " وللفقهاء فى أخذ الجعل على الشهادة أربعة أقوال : هى أربعة أوجه فى مذهب أحمد وغيره .

أحدها : أنه لا يجوز مطلقا ، والثانى : لا يجوز إلا عند الحاجة ، والثالث : يجوز إلا أن يتعين عليه ، والرابع : يجوز ، فإن أخذ أجرا عند التحمل لم يأخذ عند الأداء " [(٢)].

---

(١) المغنى ، جـ ٩ ، ص ١٥٨ .

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ، جـ ٢٨ ، ص ٩٩ ، ١٠٠ .

الوسيلة الثالثة من وسائل الإثبات
نكول المدعى عليه عن اليمين

وقد بينا سابقا عند كلامنا عن نظام الفصل فى الدعوى آراء العلماء فى النكول ، وما استندت إليه آراؤهم ، فليرجع إليه القارئ إن أراد .

الوسيلة الرابعة
يمين المدعى مع الشاهد

قد لا يتيسر للمدعى شاهدان يشهدان له بالحق المدعى ، فيكون معه شاهد واحد ، وقد يحدث أن يتحقق وجود شاهدين فيموت أحدهما ، أو يتعذر حضوره والاتصال به ، فهل يصح فى مثل هذا أن يحلف المدعى ، فيحكم له القاضى بالحق الذى يدعيه بناء على يمينه مع الشاهد الواحد ، أم أنه لا يصح الحكم بالشاهد ويمين المدعى ؟

العلماء فى هذه المسألة على رأيين :

أحدهما : ما يراه جمهور العلماء من الصحابة ، والتابعين ، ومن بعدهم أن القاضى يصح له أن يقضى بشاهد ويمين المدعى .

ومن هؤلاء أبو بكر الصديق وعلى بن أبى طالب ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد بن حنبل ، وابن حزم الظاهرى ، والإمامية ، والزيدية .

الرأى الثانى : ما يراه أبو حنيفة وأصحابه أبو يوسف ، ومحمد وزفر وزيد بن على ، والشعبى ، والحكم ، والأوزاعى ، والليث بن سعد ، وبعض أصحاب مالك ، أنه لا يحكم بشاهد ويمين فى شئ من الأحكام [1].

دليل الرأى الأول :

استدل للرأى القائل بصحة القضاء بالشاهد ويمين المدعى بحديث عن عمرو بن دينار ، عن عبد الله بن عباس ، أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد ، رواه أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجة [2] ، والنسائى ، وقال : إسناده جيد [3] ، وفى رواية : قال عمرو : فى الأموال .

وعن جابر بن عبد الله ، أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد . رواه أحمد ، والترمذى ، وابن ماجه [4].

وعن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن على بن أبى طالب ، أن النبى ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ، ويمين صاحب الحق ، وقضى به أمير المؤمنين على بالعراق ، رواه أحمد ، والدار قطنى [5].

---

(1) صحيح مسلم ، بشرح النووى ، جـ ١٢ ، ص ٤ ، وبداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٥٠١ والمدونة الكبرى ، رواية سحنون عن ابن القاسم ، عن الإمام مالك بن أنس ، جـ ١٢ ص ١٨٣ ، والأم للإمام الشافعى جـ ٦ ، ص ٢٥٤ ، ونهاية المحتاج للرملى ، جـ ٨ ص ٢٩٦ ، والمغنى لابن قدامة ، جـ ١٢ ، ص ١٠ ، والمحلى لابن حزم ، جـ ١٠، ص ٤٨١ ، والروض النضير ، جـ ٤ ، ص ١٠٣ ، والبحر الزخار ، لأحمد بن يحيى المرتضى ، جـ ٥ ، ص ٤٠٣ ، وبدائع الصنائع ، للكاسانى ،جـ ٨ ، ص ٣٩٢٤ ، وحاشية ابن عابدين ، جـ ٢ ، ص ٤٠١ ، وسبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص١٣١ .

(2) سنن ابن ماجه ، جـ ٢ ، ص ٧٩٣ .

(3) سبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٣١ .

(4) سنن الترمذى ، جـ ٦ ، ص ٦١٨ .

(5) سنن الدار قطنى ، جـ ٤ ، ص ٢١٢ .

أدلة الرأى الثانى :

المصادر التى اطلعت عليها تبين الأدلة التى اعتمد عليها الحنفية فيما يرونه فى مسألة القضاء بالشاهد ويمين المدعى ، لكننا لم نجد أدلة مستقلة للمشاركين لأبى حنيفة فى الرأى ، كالشعبى ، والحكم ، والأوزاعى ، والليث بن سعد ، وغير هؤلاء ممن ذكرناهم مع أبى حنيفة عند حكاية الآراء ، كما لم يجد من سبقنى فى الكتابة فى هذه المسألة من الباحثين المحدثين ــ فيما أعلم ــ [1] أدلة لغير أبى حنيفة .

وعلى هذا سنذكر أدلة الحنفية باعتبارها مستندا لهم ولغيرهم من الذين يشاركونهم الرأى فى هذه المسألة ، استدل الحنفية لرأيهم القائل بعدم صحة القضاء الشاهد واليمين بالقرآن الكريم ، والسنة الشريفة .

الدليل الأول من القرآن :

قال الله تبارك وتعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** ﴾ [2] وجه الاستدلال بهذه الآية : أن هذه الآية الكريمة جاءت فى مقام بيان كيفية الشهادة ، واقتصرت على ذكر صورتين فقط للشهادة ، فالحاصل أن الله تبارك وتعالى اقتصر فى مقام البيان على شهادة الرجلين ، والرجل والمرأتين ، والاقتصار فى مقام البيان يفيد الحصر ، فكأن الحق تبارك وتعالى قال : لا تستشهدوا بغيرهم ، فإذا قيل بصحة القضاء بالشاهد

---

(١) ممن سبقنى فى الكتابة من المحدثين أستاذنا الدكتور أحمد عبد المنعم البهى فى كتابه : من طرق الإثبات فى الشريعة الإسلامية وفى القانون ص ٢٣ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢ .

واليمين فإن هذا يكون منافيا للحصر ، ويكون زيادة على القرآن بحديث مروى بطريق الآحاد ، والزيادة على القرآن نسخ له ، ولا يصح نسخ القرآن بالسنة الآحادية ، لأن القرآن متواتر ، فهو قطعى الثبوت ، وخبر الآحاد ظنى الثبوت ، فلا ينسخ المتواتر الذى هو قطعى الثبوت ، ولا تقبل الزيادة من الأحاديث إلا إذا كان الخبر بها متواترا أو مشهورا على الأقل [1].

مناقشة الاستدلال :

أجيب على هذا الاستدلال بما يأتى :

أولا : إننا نسلم بأن الاقتصار فى مقام البيان يفيد الحصر ، ولكنه يفيده بطريق المفهوم ، والمفهوم عند الحنفية من قبيل المسكوت عنه ، فلا دلالة فيه على النفى .

ولو سلمنا أن المفهوم هنا معمول به كالمنطوق على المفهوم ، وهنا فى مسألتنا هذه قد عارض المفهوم منطوق حديث : قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد [2].

---

(١) يقسم الحنفية الحديث إلى متواتر وآحاد ، ومشهور ، ويقسم غيرهم الحديث إلى نوعين فقط هما : المتواتر والآحاد .

ويعرف المتواتر : بأنه ما روى من طريق تحيل العادة توافق رواته على الكذب على رسول الله ﷺ ، والحديث الآحادى هو ما روى من طريق لا تحيل العادة توافق رواته على الكذب على رسول الله ﷺ ، والحنفية يجعلون المشهور قسما وسطا بين المتواتر والآحاد ، ويعرف بأنه ما روى عن النبى ﷺ بطريق الآحاد ، واشتهر فى عصر التابعين أو تابعى التابعين ، فالحديث المشهور كان أولا مرويا بطريق الآحاد ، ثم اشتهر فى العصر الثانى وتلقته الأمة بالقبول ، وصار كالمتواتر ، وذلك مثل حديث المسح على الخف ، وحديث الرجم فى عقوبة الزانى المحصن ، أى المتزوج .

(٢) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ، لأستاذنا الدكتور عبد السميع إمام ، ص ٢٢٧ .

ثانيا : إن أبا حنيفة وأصحابه يرون أن نكول المدعى عليه ــ أى امتناعه من اليمين ــ يوجب أن يقضى القاضى عليه بنفس النكول ، وهذا قسم ثالث ليس له ذكر فى الآية الكريمة ، وهى قوله تبارك وتعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** ﴾ ، بل وليس له ذكر فى القرآن الكريم ليدل عليه [1].

ثالثا : الحديث لم ينسخ الآية ، بل خصص عمومها[2] ، وتخصيص القرآن بالسنة جائز ، وكذلك الزيادة عليه ، كما فى قوله تبارك وتعالى : ﴿ **وأحل لكم ما وراء ذلكم** ﴾ بعد أن ذكر سبحانه وتعالى المحرمات من النساء فى الزواج ، مع أن الزواج بالعمة مع بنت أخيها محرم بالإجماع ، وسند الإجماع فى ذلك السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ .

رابعا : أن الحنفية ردوا الحكم بالشاهد واليمين لكونه زيادة على ما فى القرآن ، مع أنهم أخذوا بأحاديث كثيرة فى أحكام كثيرة ، كلها زائدة على ما فى القرآن كالوضوء بالنبيذ ، ونقض الوضوء بالقئ ، ونقضه بالقهقهة فى الصلاة ، وشهادة المرأة الواحدة فى الولادة ، ولا قود إلا بالسيف ، ولا تقطع الأيدى فى الغزو ، ولا يرث الكافر المسلم ، ولا يؤكل الطافى من السمك ، ويحرم كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير ، ولا يقتل

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى ، القسم الأول ص ٢٥٣ .

(٢) أى كأن الآية بينت على وجه العموم أنه لا شهادة أخرى غير هاتين الصورتين ، فجاء الحديث وخصص هذا العموم .

الوالد بالولد ، ولا يرث القاتل ، وغير ذلك من الأمثلة التى تتضمن الزيادة على عموم الكتاب .

الرد على المناقشة :

أجاب الحنفية : بأن الأحاديث الواردة فى هذه المواضع المذكورة أحاديث مشهورة ، فوجب العمل بها لشهرتها .

رد المخالفين عليهم : رد المخالفون بأن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين رواها عن رسول الله ﷺ أكثر من عشرين صحابيا ، وفيها ما هو صحيح ، فأى شهرة تزيد على هذه الشهرة [1].

الدليل الثانى : من السنة :

وأما ما استند إليه القائلون بعدم صحة القضاء بالشاهد واليمين من السنة ، فما رواه ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر " . رواه البيهقى ، وروى ابن حبان نحوه عن ابن عمر .

وروى الترمذى نحوه عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده [2].

واستدلوا أيضا من السنة بما روى أن رسول الله ﷺ قال لرجل جاء يدعى على آخر دعوى : " **شاهداك أو يمينه** " [3].

---

(١) نيل الأوطار ، للشوكانى ، جـ ٩ ، ص ١٩٠ ، وما بعدها .

(٢) نيل الأوطار ، جـ ٢ ، ص ٢٢٠ .

(٣) روى البخارى ومسلم عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال : " شاهداك أو يمينه " صحيح البخارى ، جـ ١٠ ، ص ٢٣١ ، ونيل الأوطار ، جـ ٩ ، ص ٢١٦ .

وجه الدلالة : أن رسول الله ﷺ فى الحديث الأول حصر اليمين فى المنكر أى المدعى عليه ، فلو كان للمدعى يمين أيضا لما كان الحصر صحيحا .

وأما فى الحديث الثانى فقد خير رسول الله ﷺ المدعى بين أمرين لا ثالث لهما ، وهما شاهدان للمدعى ، أو يمين المدعى عليه ، فإذا قيل بأن للمدعى الحق فى اليمين مع شاهد فإن هذا ينافى التخيير ، لأن هذا أمر ثالث لم يذكره الحديث مع أنه ورد فى مقام البيان ، والإقتصار فى مقام البيان يفيد الحصر ، فلو كان هناك طريق آخر لإثبات الحق لبينه الرسول ﷺ ، كأن يقول : شاهداك ، أو يمينه ، أو شاهدك ويمينك ، وغير ذلك ، ولكن الحديث حصر إثبات الحق بشاهدى المدعى ، أو يمين المدعى عليه .

فالتخيير كان بين أمرين فقط ، فما زاد على ذلك كان منافيا للتخيير فلا يصح .

مناقشة هذا الاستدلال :

أجيب عن هذا الاستدلال : بأن معنى قول الرسول ﷺ : " البينة على المدعى " معنى عام ، ويتناول كل أنواع البينة ، وهى تصدق بشاهدين ، وشاهد ويمين ، لأن اليمين يسمى فى عرف الشرع شهادة ، يؤيد هذا قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله** ﴾ ، أى أربعة أيمان يقسمها الذى يتهم زوجته بجريمة الزنا ، وليس معه شهود يشهدون على هذه الجريمة .

وأيضا فإن معنى قوله ﷺ : " واليمين على من أنكر " يحمل على ما إذا لم يكن مع المدعى أصل الشهادة ، ولا خلاف فى هذا .

وأما تخيير الرسول ﷺ للمدعى بين الشاهدين ، ويمين المدعى عليه ، فمحمول كذلك على أن المدعى لم يكن معه أصل الشهادة ، فكان التخيير بين أن يأتى بالشهادة التى تصدق بشاهد ويمين ، وبين يمين المدعى عليه .

وبهذا يتبين أنه لا تعارض بين حديث القضاء بشاهد ويمين وبين الأحاديث التى يوهم ظاهرها أنها تعارضه .

الرأى الراجح :

الرأى القائل بصحة القضاء بالشاهد ويمين المدعى فى الأموال هو الأولى بالقبول ، لثبوت الحديث الذى يفيد هذا ، ولضعف استدلال الحنفية ومن معهم ، ولأن القول بصحة القضاء بالشاهد مع يمين المدعى يتفق مع روح التشريع الإسلامى ، إذ إنه فى بعض الأحايين يكون للمدعى شاهدان فيموت أحدهما ، أو يكون غائبا لا يتوصل إلى شهادته بسهولة ، أو يكون قد طرأ ما يمنعه من أداء الشهادة كالجنون ، فإذا لم يقض القاضى له بالحق المدعى بالشاهد الواحد الباقى مع يمينه فإن هذا يؤدى إلى ضياع الكثير من حقوق الناس ، مع وجود الظن بثبوت هذه الحقوق ، والشريعة تعتبر الظنون فى كثير من الأحايين وشهادة الشاهد الواحد تفيد ظنا ما بثبوت الحق ، لأن الشاهد متصف بالعدالة ، والعدالة مانعة له من الكذب ، فإذا تأكدت شهادته بيمين المدعى حصل الظن الغالب بثبوت الحق [١].

(١) منهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب ، للدكتور / عبد السميع إمام ، ص ٢٢٨ ـ ٢٣٢ .

فالأخذ برأى الحنفية – إذن – يؤدى إلى التضييق على النـــاس فـــى الحصول على الحقوق ، وهذا يعد فى ذاته ضررا ، والشريعة الإســـلامية حرمت الإضرار بالنفس أو بالغير ، فضلا عما فى الأخذ برأى الجمـــهور من تبسيط إجراءات التقاضى وإيصال الحقوق إلى أصحابها بأبسط الطرق وأسهلها ما دام ذلك لا يتعارض مع نص شرعى أو قاعدة عامة أتت بـــها شريعة الإسلام ، ومن الملاحظ أن القوانين الوضعية قد أخذت بهذا الحكم ، وهو جواز سماع الشاهد وتحليف المدعى اليمين إذا عجز عن تقديم البينـــة الكاملة .

هذا ، ومع أن جمهور العلماء – كما بينا – يرون أن الشاهد واليميـــن وسيلة من وسائل الإثبات ، فإنهم مختلفون فى مجـــال القضـــاء بالشـــاهد واليمين ، ففقهاء المدينة ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشـــافعى ، وأحمد يرون أن الشاهد واليمين لا يكون وسيلة من وسائل الإثبات إلا فـــى

الأموال ، وما يئول إلى الأموال [1] ٠ ويرى ابن حزم أنهما وسيلة من وسائل الإثبات في كل الحقوق ما عدا الحدود [2].

ومن أدلة أصحاب الرأى الأول ما أخرجه الشافعى عن عمرو بن دينار ، عن ابن عباس : " أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد ، قال عمرو : فى الأموال " ، وما أخرجه البيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيه " أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد ، يعنى فى الأموال ، وفى سنن أبى داود [3] أنه قال سلمة فى حديثه : قال عمرو فى (الحقوق) يريد أن عمرو بن دينار الذى روى هذا الحديث عن ابن عباس ، خص الحكم بالشاهد واليمين بالحقوق ، قال الخطابى : " وهذا خاص بالأموال دون غيرها ، فإن الراوى وقفه عليها ، والخاص لا يتعدى به محله ، ولا يقاس عليه غيره ، واقتضاء العموم منه غير جائز ، لأنه حكاية فعل والفعل لا عموم له أ٠هـ ٠

---

(١) العلماء يختلفون فى ما يؤول إلى المال باختلاف نظرتهم إليه ، فمع أنهم اتفقوا على أيلولة بعض المسائل إلى المال ، كالهبة ، والإجارة ، والشفعة ، والحوالة ، فإنهم اختلفوا فى جراح العمد ، فيرى مالك أنها ما يؤول إلى المال ، لأنها تؤول إليه إذا تصالح الطرفان ، يجوز أن يحكم فيها بالشاهد واليمين ، وأما الشافعى ، وأحمد فيخالفانه فى هذا ويريان ترجيح جانب القصاص على جانب المال ، ولهذا لم يجوزوا القضاء فيها بالشاهد واليمين ، ويرى بعض الباحثين : أن العلماء ليس عندهم ضابط معين تندرج تحته المسائل التى تؤول إلى المال عندهم ، ولكل منهم نظر خاص فى اندراج الجزئيات تحت القاعدة العامة ، ولهذا يتفقون فى بعض الحالات ويختلفون فى البعض الآخر عند كلامهم عما يؤول إلى المال ٠ انظر : من طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون للدكتور / أحمد عبد المنعم البهى ، ص ٣٩ ٠

(٢) المحلى ، لابن حزم ، جـ ٩ ، ص ٣٩٦ ٠

(٣) نقلا عن سبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٣٢ ٠

قالوا : ولأنه ثبت من القرآن الكريم أنه لا يقبل فى الرجعة أقل من شاهدين ، قال تعالى : ﴿ **فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ على خلاف العلماء فى الشهادة على الرجعة ، هل هى واجبة أو مستحبة ، لكن لو حدثت الشهادة فلابد فيها من شاهدين ، وروى عن رسول الله ﷺ أحاديث تفيد أن الزواج لا يصح إلا بحضور شاهدين . وهذه الأحاديث وإن كان قد قيل إن بعضها ضعيف ، أو أن رفعه ضعيف ، فإن العلماء قالوا إنها مع ذلك تصلح دليلا على وجوب شاهدين على عقد الزواج ، لأن بعضها — فى رأيهم — يقوى بعضا قالوا : فيقاس على الرجعة والزواج جميع الأمور التى اشترطنا فيها الشاهدين ، بجامع أنها ليست مالا ولا يقصد منها المال .

وقالوا : إن الزواج والطلاق والعتق كل منها حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص فى القتل ، فلا يثبت باليمين مع الشاهد .

وأما ابن حزم فيرى : أن الأخبار التى جاءت فى هذه المسألة — أى مسألة القضاء بشاهد ويمين — جاءت عامة ، ولم يأت شئ من الأخبار يخصص العموم ، وأما الحدود فليس لها مطالب إلا الله عز وجل ، ولذلك فليس من المتصور أن يقضى فيها بالشاهد مع يمين المستحق [1].

وفى ختام هذه المسألة نحب أن نبين أن مالكا والشافعى رضى الله عنهما اختلفا فى جواز الحكم بشهادة امرأتين مع يمين المدعى ، فيرى مالك جواز ذلك ، فكما جاز عنده الحكم بالشاهد ويمين المدعى ، يجوز بدل الشاهد امرأتان مع يمين المدعى ، وأما الشافعى فلا يرى جوازا ذلك [2].

---

(1) المحلى لابن حزم ، ص ٩ ، ومن طرق الإثبات للدكتور أحمد عبد المنعم البهى ، ص ٤٠ ، ٤١ .

(2) أدب القاضى ، لابن القاص ، جـ ١ ، ص ٣٠٢ .

الوسيلة الخامسة من وسائل الإثبات

يمين المدعى إذا نكل المدعى عليه

إذا لم يكن مع المدعى بينة وطالب القاضى المدعى عليه باليمين فامتنع عن اليمين ، فيرى بعض العلماء ومنهم مالك ، والشافعى ، وأحمد ــ كما بينا سابقا ــ رد اليمين على المدعى ، فإن حلف قضى القاضى له .

وهذه مسألة خلافية ذكرنا آراء العلماء فيها ، وأدلتهم عند الكلام عن نظام الفصل فى الدعوى ، فلا داعى لإعادة الكلام عنها هنا .

الوسيلة السادسة

القسامة

القسامة بفتح القاف والسين من غير تشديد ، ومعناها الأيمان ، وكلمة (القسامة) مشتقة من القسم وهو اليمين ، كاشتقاق كلمة (الجماعة) من الجمع ، وقد حكى إمام الحرمين الجوينى أن القسامة عند الفقهاء اسم للأيمان ، وعند أهل اللغة اسم للحالفين ، وقد صرح بذلك صاحب القاموس وقال صاحب المصباح المنير : " والقسامة ــ بالفتح ــ الأيمان تقسم على أولياء القتيل إذا ادعوا الدم ، يقال : قتل فلان بالقسامة إذا اجتمعت جماعة من أولياء القتيل فادعوا على رجل أنه قتل صاحبهم ، ومعهم دل...

البينة ، فحلفوا خمسين يمينا أن المدعى عليه قتل صاحبهم ، فهؤلاء الذين يقسمون على دعواهم يسمون قسامة أيضا " (١).

فإذا حدثت جريمة قتل ، ولم يوجد شهود شهدوا هذه الحادثة ، وادعى أولياء القتيل على رجل أنه القاتل بناء على أمر أو أمور لم تصل إلى مرتبة البينة ، كوجود عداوة بين القتيل وبين المدعى عليهم ، فهل تسمع دعوى أولياء القتيل، أم لا يسمعها القاضى ، وتصير الجريمة ضد مجهول ؟ .

هنا نجد فى الفقه الإسلامى فريقا من العلماء يرون أن الأيمان فى هذه الحال تقوم مقام البينة ، وفريقا أخر لا يرى هذا الرأى ، والذين يرون أن الأيمان تقوم مقام البينة مختلفون فيمن يتوجه إليهم الأيمان ، هل هم أولياء الدم فيقسمون خمسين يمينا أن الذى ادعوا عليه قيامه بجريمة القتل هو القاتل ، أم أن الذين يقومون بالحلف هم المدعى عليهم .

بهذا الرأى قال فريق من العلماء ، وبالرأى الآخر قال فريق ثان منهم . هذا عند القائلين بأن الأيمان فى هذه القضية تقوم مقام البينة ، ثم هناك فى الفقه الإسلامى فريق ثالث يرى أنه لا يستحق بالقسامة إلا دفع الدعوى فقط .

تعريف القسامة عند العلماء :

عرفها الحنفية وهم من القائلين بأن الأيمان توجه إلى المدعى عليهم بأنها : " أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار ، أو موضع خارج من مصر ،

---

(١) المصباح المنير ، للفيومى : مادة : قسم .

أو قرية قريب منه ، بحيث يسمع الصوت منه ، إذا وجد فى شئ منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله ، يقول كل واحد منهم : بالله ما قتلت ، ولا علمت له قاتلا " [١].

وعرفها المالكية وهم من القائلين بأن الأيمان تتوجه إلى أولياء الدم بأنها : حلف خمسين يمينا أو جزءا منها على إثبات الدم [٢].

وعرفها الشافعية وهم أيضا من الفريق الذى يرى أن الأيمان توجه إلى أولياء الدم بأنها : اسم للأيمان التى تقسم على أولياء الدم [٣].

وعرفها الحنابلة بأنها : " الأيمان المكررة فى دعوى القتل " [٤].

هذا ، وجمهور فقهاء الأمصار يرون وجوب الحكم بالقسامة على الجملة أى مع اختلافهم فى بعض أمور فيها ، ومن الجمهور مالك والشافعى أبو حنيفة ، وأحمد بن حنبل ، وسفيان الثورى ، وداود الظاهرى ، وأتباع هؤلاء العلماء ، وغيرهم من فقهاء الأمصار ، ويرى سالم بن عبد الله ، وأبو قلابة ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن علية : أنه لا يجوز الحكم بالقسامة [٥].

---

(١) بدائع الصنائع جـ ١٠ ، ص ٤٧٣٥ ، وفتح القدير جـ ٨ ، ص ٣٨٤ .

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٦ ، ص ٢٧٣ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٤ ، ص ١٠٩ .

(٤) المغنى جـ ١٠ ص ٢ .

(٥) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ، ص ٥٢٢ .

دليل مشروعيتها عند القائلين بها :

ثبتت مشروعية القسامة عند القائلين بها بالسنة الشريفة ، فروى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبى ﷺ من الأنصار ، أن النبى ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية " رواه أحمد ، ومسلم ، والنسائى .

وعن سهل بن أبى حثمة قال : انطلق عبد الله بن سهل ، ومُحَيِّصة [١] بن مسعود إلى خيبر وهو يومئذ صلح ، فتفرقا ، فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط فى دمه قتيلا ، فدفنه ، ثم قدم المدينة ، فانطلق عبد الرحمن بن سهل ، ومحيصة ، وحُوَيِّصة [٢] ابنا مسعود إلى النبى ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال : كبر ، كبر [٣] ، وهو أحدث القوم ، فتكلما ، قال : أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم ؟ فقالوا : وكيف نحلف ولم نشهد (أى لم نشهد الجريمة وقت حدوثها) ولم نر ؟ قال : فتبرئكم يهود بخمسين يمينا ، فقالوا : كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فعقله [٤] النبى ﷺ من عنده [٥] ، وفى رواية متفق عليها : " فقال رسول الله ﷺ :

---

(١) بضم الميم وكسر الياء مشددة ، ومخففة ، لغتان مشهورتان .

(٢) بضم الحاء وتشديد الياء وتخفيفها ، لغتان مشهورتان .

(٣) أى دع من هو أكبر منك سنا يتكلم .

(٤) عقله : أى أعطى ديته .

(٥) من عنده يحتمل أن يكون من خالص مال الرسول ﷺ ، صادف فى بعض الأحوال أن كان هذا المال عنده ، ويحتمل أنه من مال بيت الله ومصالح المسلمين ، صحيح مسلم بشرح النووى .

" يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته " (١) . فقالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال : " فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم " ، قالوا : يا رسول الله، قوم كفار ؟" .

وفي لفظ لأحمد : " فقال رسول الله ﷺ : تسمون قاتلكم ، ثم تحلفون عليه خمسين يمينا ، ثم نسلمه " .

وفي رواية متفق عليها : " فقال لهم : تأتون بالبينة على من قتله ، قالوا : ما لنا من بينة ، قال : فيحلفون ، قالوا : لا نرضى بأيمان اليهود ، فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه ، فوداه (٢) بمائة من إبل الصدقة " (٣).

فهذه الأحاديث الشريفة دليل على مشروعية القسامة ، وإلى هذا ذهب جمهور الصحابة ، والتابعين ، والعلماء من الحجاز ، والكوفة ، والشام ، ومن هؤلاء مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وسفيان الثوري ، وداود ، وأصحابهم ، وغير ذلك من فقهاء الأمصار ، وقد اتفق هؤلاء على مشروعية القسامة في الجملة ، لكنهم مختلفون في التفاصيل .

---

(١) الرمة : الحبل الذي يربط به من عليه القصاص ، المغني ، جـ ٨ ، ص ٧٧ ، وقال في المصباح : " والرمة بالضم : القطعة من الحبل ، وبه كني ذو الرمة ، وأخذت الشئ برمته أي جميعه ، وأصله أن رجلا باع بعيرا وفي عنقه حبل ، فقيل : ادفعه برمته ، ثم صار كالمثل في كل مالا ينقص ولا يؤخذ منه شئ المصباح المنير ، مادة : رمم .

(٢) فوداه أي دفع ديته ، وإنما وداه الرسول ﷺ قطعا للنزاع ، وإصلاحا لذات البين ، فإن أهل القتيل — كما قال النووي — لا يستحقون إلا أن يحلفوا أو يستحلفوا المدعى عليهم ، وقد امتنعوا من الأمرين ، وهم مكسورون بقتل صاحبهم فأراد الرسول جبرهم وقطع المنازعة .

(٣) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

فإذا وجد شخص مقتولا فى محلة قوم [1] ، أو بلدة صغيرة لأعدائه ، لا يسكنها غيرهم ، ولا يعرف قاتله ، ولا توجد بينة بقتله ، وادعى وليه القتل على أهل هذا المكان الذى وجد به القتيل ، ادعاه عليهم كلهم أو على بعضهم فيرى الشافعية أن يحلف المدعى الوارث على القتل الذى ادعاه خمسين يمينا [2] ، فإذا حلف على أن القتل كان خطأ أو شبه عمد ، وجبت دية على العاقلة ، وإذا حلف على أن القتل كان عمدا ، وجبت دية حالة على المقسم عليه ، ولا يجب القصاص على القول الجديد للشافعي ، وهذا الرأى أيضا مروى عن الحسن البصرى ، والشعبى ، والنخعى ، وعثمان البتى ، وغيرهم [3].

وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى :

أولا : قول النبى ﷺ ـ كما رواه البخارى ـ : " إما أن تدوا صاحبكم أو تأذنوا بحرب " • فقد أطلق النبى ﷺ إيجاب الدية ، ولم يفصل بين ما إذا كان القتل خطأ أو غيره ، ولو كانت الأيمان صالحة للقصاص لذكر القصاص •

ثانيا : القسامة حجة ضعيفة ، فلا توجب القصاص ، احتياطا لأمر الدماء ، كالشاهد واليمين •

وأما القول القديم للشافعى فى بغداد قبل أن ينتقل إلى مصر فهو وجوب القصاص فى الدعوى بقتل العمد ، وهو أيضا ما يراه مالك

---

(١) محلة القوم ، المكان الذى ينزله القوم •

(٢) وإذا كان للقتيل ورثة خاصة وزعت الأيمان الخمسون عليهم بحسب الإرث •

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١١ ، ص ١٤٣ ، ١٤٤ •

وأصحابه ، والليث بن سعد ، والأوزاعى ، وأحمد بن حنبل ، وإسحق بـن راهوية ، وأبو ثور ، وداود الظاهرى ٠

وقد استند هذا الرأى إلى ما رواه البخارى ، ومسلم أن رسول الله ﷺ قال : " أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ " أى دم قاتل صاحبكم ٠

مناقشة هذا الاستدلال :

أجيب عن هذا الاستدلال : بأن التقدير بـدل دم صـاحبكم ، وعـبر الرسول ﷺ بالدم عن الدية لأنهم يأخذونها بسبب الدم (1)**.**

القسامة ليست محل اتفاق بين العلماء :

ذهب إلى مشروعية القسامة جمهور الصحابة والتابعين والعلماء ، وقد اتفق هؤلاء على مشروعية القسامة فى الجملـة ، لكنـهم اختلفـوا فـى التفاصيل ٠

ويرى جماعة من العلماء من سلف الأمة أن القسامة غير ثابتة ، فـلا حكم ولا عمل بها ، وممن روى عنهم هذا الرأى أبو قلابة ، وسالم بن عبد الله ، وسلمان بن يسار ، وإبراهيم بن علية ، والبخارى ، وعمر بن عبـد العزيز فى رواية عنه ٠

وعمدة جمهور العلماء ما ثبت عنه ﷺ من حديث حويصة ومحيصـة إلا أنهم مختلفون فى ألفاظه ٠

---

(1) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١١٤ وما بعدها ٠

وأما القائلون بأن القسامة غير ثابتة فيعللون هذا الرأى بأنها مخالفة لأصول الشريعة التى أجمع عليها العلماء من وجوه :

منها : أن البينة على المدعى واليمين على المنكر فى أصل الشرع .

ومنها : أن اليمين لا تجوز إلا على ما علمه الإنسان قطعا بالمشاهدة الحسية أو ما يقوم مقامها ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتلى ، بل قد يكونون فى بلد والقتل فى بلد آخر .

ولهذا روى البخارى [1] عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز أذن للناس فدخلوا عليه فقال : ما تقولون فى القسامة ؟ قالوا : نقول : إن القسامة القود بها (أى القصاص بها) حق ، قد أقاد بها الخلفاء [2] ، فقال : ما تقول يا أبا قلابة ؟ .. فقلت : يا أمير المؤمنين ، عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد ، أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا ، قلت : أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه ، قال : لا .

وفى بعض الروايات : قلت : فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك بشهادتهم ؟ قال أبو قلابة : فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدى عدل أن فلانا قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا .

---

(١) فتح البارى جـ ١٢ ص ٢٣٠ .

(٢) المراد بالخلفاء : معاوية ، وعبد الله بن الزبير ، وعبد الملك بن مروان . فتح البارى جـ ١٢ ، ص ٢٤٠ .

وأيضا فإنه لم يرد فى تلك الأحاديث أن رسول الله ﷺ حكم بالقسامة وإنما كانت القسامة من أحكام الجاهلية ، فتلطف لهم الرسول ﷺ ليريهم كيف لا يلزمهم الحكم بها على أصول الإسلام ، ولذلك قال الرسول ﷺ — أى لولاة الدم وهم الأنصار — : " أتحلفون خمسين يمينا ؟ " قالوا : كيف نحلف ولم نشاهد ، قال : فيحلف لكم اليهود ، قالوا كيف، نقبل أيمان قوم كفار ؟

فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشاهدوا لقال لهم رسول الله ﷺ : هى السنة .

ثم قال أصحاب هذا الرأى : وإذا كانت هذه الآثار غير نص فى القضاء بالقسامة ويتطرق إليها التأويل ، فصرفها بالتأويل إلى الأصول الشرعية أولى [1].

إجابة القائلين بمشروعية القسامة :

أجاب القائلون بمشروعية القسامة : بأن القسامة أصل من أصول الشريعة مستقل ، لورود الدليل بها ، فتخصص بها الأدلة العامة ، وفيها حفظ للدماء ، وزجر للمعتدين ، ولا يحل طرح سنة خاصة لأجل سنة عامة ، وعدم الحكم فى حديث سهل بن أبى حثمة لا يستلزم عدم الحكم مطلقا ، فإنه ﷺ قد عرض على المختاصمين اليمين وقال إما أن تدوا [2]

---

(١) بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٤٦٥ .

(٢) أى تعطوا الدية .

صاحبكم وإما أن تأذنوا بحرب ، كما فى رواية متفق عليها ، وهو عليه الصلاة والسلام لا يعرض إلا ما كان مشروعا .

وأما ادعاء أن الرسول ﷺ قال تلطفا بهم وإنزالا لهم من حكم الجاهلية فادعاء باطل ، كيف وفى حديث أبى سلمة أن النبى ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية (١).

ما يجب بالقسامة :

اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فيرى مالك ، وأحمد أنه يستحق بها القصاص فى القتل العمد ، والدية فى القتل خطأ .

ويحتج لهذا الرأى بما رواه مالك من حديث ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة وفيه : قال لهم رسول الله ﷺ : " تحلفون وتستحقون دم صاحبكم " .

ويرى الشافعى ، والثورى ، وجماعة من العلماء أنه تستحق بها الدية فقط ، وعمدة هذا الرأى هو أن الأيمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الأموال فى الشرع ، مثل ما ثبت من الحكم فى الأموال باليمين والشاهد ، ومثل وجوب المال بنكول المدعى عليه ، أو بنكوله ورد اليمين على المدعى عند من يرى من العلماء رد اليمين على المدعى إذا نكل المدعى عليه .

ويرى بعض علماء الكوفة : أنه لا يستحق بالقسامة إلا دفع الدعوى ، اعتمادا على أن الأصل هو أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه .

---

(١) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٨٦ .

ويرى بعض العلماء : أنه يحلف المدعى عليه ويغرم ، فعلى هذا الرأى يستحق بالقسامة دفع القصاص فقط [1].

من يبدأ بالحلف فى القسامة :

اختلف العلماء القائلون بالقسامة ، أى الذين قالوا إنه يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين •

الرأى الأول : يرى جمهور العلماء ومنهم مالك ، والشافعى ، وأحمد ، وداود ، أنه يبدأ المدعون فيحلفون خمسين يمينا ، ويجب الحق بحلفهم هذه الأيمان الخمسين •

واحتج أصحاب هذا الرأى بالحديث المروى عن سهل بن أبى حثمة ، وفيه التصريح بالابتداء بيمين المدعى ، وهو ثابت من طرق كثيرة صحاح •

ويرى فقهاء الكوفة والبصرة ، وكثير من أهل المدينة أنه يبدأ المدعى عليهم بالأيمان •

وقد استند هذا الرأى إلى رواية تبين الابتداء بيمين المدعى عليهم •

وقد أجيب على هذا : بما قاله أهل الحديث من أن هذه الرواية وهم من الراوين [2].

---

(١) بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٤٦٦ •

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١١ ، ص ١٤٤ ، وبداية المجتهد جـ ٢ ، ص ٤٦٧ •

الحكم إذا لم يحلف المدعون :

إذا رفض المدعون أن يحلفوا ـ على الرأى القائل بأن المدعين هم الذين يحلفون ـ حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرئ ولا شئ عليه ، وهذا ما يراه مالك ، والليث بن سعد ، والشافعى ، وأبو ثور ، وهذا ظاهر المذهب فى الفقه الحنبلى [1].

وأما الحنفية ـ كما سبق بيانه ـ فيرون أن ولى القتيل لا يحلف ، بل الذى يحلف هو المدعى عليهم ، فيختار منهم ولى الدم خمسين رجلا ، ويحلف كل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ، وإذا لم يبلغ الخمسين ، لأن اليمين واجب بالنص ، فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يشترط معرفة الحكمة فى هذا العدد الثابت بالنص [2].

فالقسامة عند جمهور العلماء دليل للمدعى لإثبات تهمة القتل إذا لم توجد وسيلة أخرى من وسائل الإثبات التى تصلح فى هذا الأمر ، وأما عند الحنفية فهى دليل لنفى التهمة عن المدعى عليهم [3].

ويرى الحنفية : أن الدعوى إذا كانت قتل عمد تجب الدية بعد الحلف ، فإن أبوا أن يحلفوا يحبسون حتى يحلفوا أو يقروا ، فيلزم المقر بما أقر به .

---

(١) المغنى ، جـ ٨ ، ص ٧٧ ، ٧٨ .

(٢) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد افندى ، جـ ٢ ، ص ٦٧٨ ، ٦٧٩ ، دار إحياء التراث العربى .

(٣) الفقه الإسلامى وأدلته ، للدكتور وهبه الزحيلى ، جـ ٦ ، ص ٣٩٤ ، دار الفكر ـ دمشق .

وأما إذا كانت الدعوى قتل خطأ فيرون وجوب الدية إذا نكل المدعى عليهم ، ولا يحبسون (١).

وبين الحنفية أن الحكم فى شرع القسامة وإلزام أهل الموضع بالدية بعد أن يحلفوا على عدم قتله ـ هى معالجة التقصير فى النصرة وحفظ المكان الذى تمت فيه جريمة القتل ممن وجب عليه النصرة والحفظ ، فإذا كان أهل هذا المكان يجب عليهم حفظه ونصرة من يحتاج إلى النصرة فلم يحفظوا مع أنهم قادرون على ذلك كانوا مقصرين بترك الحفظ الواجب عليهم ، فيؤاخذون بالتقصير حتى يحصل الأمر عن ذلك ويحدث الحث على تحقق هذا الواجب (٢).

إذا لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه :

إذا امتنع المدعون من الأيمان ، ولم يقبلوا الأيمان من المدعى عليهم دفعت دية القتيل من بيت المال (الخزانة العامة) يدل على هذا أنه لما قتل عبد الله بن سهل بخيبر ، وأبى الأنصار أن يحلفوا وقالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ أدى النبى ﷺ ديته من عنده كراهية أن يبطل دمه (٣).

هل يحلف النساء والصبيان ؟

أما الصبيان فقد اتفق العلماء على أنهم لا يحلفون ، سواء أكانوا من الأولياء أم كانوا من المدعى عليهم ، لأن الأيمان حجة للحالف ، والصبى

---

(١) مجمع الأنهر ، جـ ٢ ، ص ٦٧٨ ، ٦٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ، ص ٢٩٠ .

(٣) المغنى ، جـ ٨ ، ص ٧٨ .

لا يثبت بقوله حجة ، ولو أقر على نفسه لم يقبل فقوله فى حــق غــيره لا يقبل من باب أولى •

وأما النساء فإذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن ، وهذا ما يراه ربيعة ، والثورى ، والليث بن سعد ، والأوزاعى ، والحنابلة •

ويرى مالك : أن النساء تستحلف فى قسامة القتل الخطــأ دون القتــل العمد ، ويرى الشافعى أن يحلف كل وارث بالغ ، سواء كــان رجــلا أو امرأة ، لأنها يمين فى دعوى ، فتشرع فى حق النساء كسائر الأيمان •

الاستدلال لعدم استحلاف النساء :

استدل لهذا الرأى بما يأتى :

أولا : قول النبى ﷺ : " يقسم خمسون رجلا منكــم وتســتحقون دم صاحبكم " •

ثانيا : الأيمان هنا حجة يثبت بها قتل العمد ، فلا يصح سماعها مــن النساء ، قياسا على الشهادة منهن فى القتل [١].

إن كان فى الأولياء صبيان ورجال :

إن كان فى الأولياء صبيان ورجال بالغون ، أو كان فيهم حــاضرون وغائبون ، فلا تثبت القسامة حتى يبلغ الصبى فى قــول لبعــض فقــهاء الحنابلة ، لأن الحق لا يثبت إلا ببينته الكاملة ، والبينة هنا أيمان الأوليــاء كلهم ، والأيمان لا تدخلها النيابة •

---

(١) المصدر السابق ، جـ ٨ ، ص ٨٠ •

ويرى بعض الذين قالوا إن القسامة يستحق بها القصاص في القتل العمد ، أن القتل إذا كان عمدا لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير ، ولا يقسم الحاضر حتى يقدم الغائب ، لأن حلف الكبير الحاضر لا يفيد شيئا في الحال .

وأما إذا كان القتل موجبا للمال ، كالقتل الخطأ وشبه العمد [1] ، فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية .

وهذا ما يراه بعض فقهاء الحنابلة ، وهو أيضا مذهب الشافعي ، مع ملاحظة أن الشافعي من العلماء القائلين بأن القسامة يستحق بها الدية فقط ، كما سبق أن بينا ذلك عند كلامنا عما يجب بالقسامة [2] .

متى تجب القسامة ؟

بين العلماء أن القسامة لا تجب بمجرد الدعوى من أولياء الدم ، بل لابد من أن تقترن بها شبهة يغلب الظن الحكم بها ، وقد اختلفوا في هذه الشبهة المعتبرة الموجبة للقسامة ، ولها سبع صور :

الأولى : أن يقول المقتول في حياته بعد إصابته : دمي عند فلان ، وهو قتلني أو ضربني ، فهذا يوجب القسامة عند مالك ، والليث بن سعد ، ولا يوجبها عند غيرهما من سائر العلماء ، فلم ير أحد غير مالك والليث في هذا قسامة .

---

(١) القتل شبه العمد هو الضرب بما لا يقتل غالبا كالعصا الصغيرة ، ونحوها .

(٢) المغني ، جـ ٨ ، ص ٨٠ ، ٨١ .

قال أصحاب مالك محتجين لهذا الرأى أنه لو شرطنا الشهادة ، وأبطلنا قول المجروح أدى هذا إلى إبطال الدماء غالبا ، وقالوا : ولأنها حالة يتحرى فيها المجروح الصدق ويتجنب الكذب والمعاصى ، ويتزود بالبر والتقوى ، فوجب قبول قوله ٠

الثانية : اللوث [1] من غير بينة على معاينة القتل ٠

---

(١) اللوث بفتح اللام وسكون الواو ، وقد فسره الحنفية بأنه العداوة وفسره الشافعية بأنه قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى بأن يغلب على الظن صدقه ، بأن يكون هناك علامة القتل على واحد معين ، كوجود بعض الدم على جسمه ، أو ملابسه ، أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة ، أو وجد قتيل تغرق عنه جمع ، كأن ازدحموا على بئر ، أو على باب الكعبة ، أو ازدحموا لرؤية لاعب يؤدى ألعابا سحرية فى ميدان عام ، أو تظاهرت فى الشوارع بالأعداد الكبيرة ، ثم تفرقوا عن قتيل ، ولا يشترط هنا كونهم أعداء ، أو شهادة رجل واحد عدل ، فهذا أيضا لوث ، أو شهادة جماعة غير عدول أن أهل هذا الموضع قتلوه ٠

ومعنى اللوث عند مالك كمعناه عند الشافعية ، وقال المالكية : هو الأمر الذى ينشأ عنه غلبة الظن بوقوع المدعى به ، أو الأمر الذى ينشأ عنه غلبة الظن بأن قتل ، كأن يقول المجروح قتلنى فلان ٠

ويرى أحمد بن حنبل فى رواية عنه أن اللوث : هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه ، كما كان بين الأنصار ويهود خيبر ، وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب ، وما بين البغاة وأهل العدل ، وما بين الشرطة واللصوص ، وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله ، وفى رواية ثانية عن أحمد أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعى ، وقال ابن منظور : " واللوث عند الشافعى شبه الدلالة ، ولا يكون بينة تامة ، وفى حديث القسامة ذكر اللوث وهو أن يشهد شاهد واحد على إقرار المقتول قبل أن يموت أن فلانا قتلنى ، أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما ، أو تهديد منه له ، أو نحو ذلك ، وهو من التلوث التلطخ " مجمع الأنهر ، جـ ٢ ، ص ٦٧٨ ، والمغنى ، جـ ٨ ، ص ٦٨ ، لسان العرب ، لابن منظور ، وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ٣٨٧ ، ومواهب الجليل جـ ٦ ، ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ ٠

وبهذا قال مالك ، والليث بن سعد ، والشافعى ، ومن اللوث أن لا يوجد إلا شاهد واحد عدل ، وكذلك شهادة جماعة لا تتحقق فيهم صفة العدالة ٠

الثالثة : إذا شهد عدلان بالجرح ، فعاش المجروح بعده أياما ، ثم مات قبل أن يفيق منه ، قال مالك ، والليث : هو لوث ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : لا قسامة هنا ، بل يجب القصاص بشهادة العدلين ٠

الرابعة : وجود المتهم عند المقتول أو قريبا منه ، أو يكون آتيا من جهته ومعه آلة القتل ، وعليه أثره من لطخ دم وغيره ، وليس هناك سبع ولا غيره مما يمكن أن يكون السبب فى قتله ، أو تفرق جماعة عن قتيل ، فهذا لوث موجب للقسامة عند مالك والشافعى ٠

الخامسة : أن تقتتل طائفتان فيوجد بينهما قتيل ففيه القسامة عند مالك والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق بن راهوية ٠

وتوجد رواية أخرى عن مالك بأنه لا قسامة ، بل الواجب فيه الدية على الطائفة الأخرى ، إن كان القتيل من إحدى الطائفتين ، أما إن كان من غيرهما فيجب على الطائفتين ديته ٠

السادسة : أن يوجد الميت فى زحمة الناس ، قال الشافعى : تثبت فيه القسامة وتجب بها الدية ، وقال مالك : هو هدر ، وقال الثورى ، وإسحاق بن راهوية : تجب ديته فى بيت المال (الخزانة العامة للدولة) ٠

السابعة : أن يوجد قتيل فى محلة قوم وقبيلتهم ، أو مسجدهم ، فقال مالك ، والليث ، والشافعى ، وأحمد ، وداود ، وغيرهم : لا يثبت بمجرد

هذا قسامة ، بل القتل هدر ، لأنه قد يقتل الرجل الرجل ويلقيه فى محلـــة طائفة لينسب إليهم قتله ، قال الشافعى : إلا أن يكون فى محلة أعدائه ، ولم يخالطهم غيرهم ، فيكون كالقصة التى جرت بخيبر ، فحكـــم النبـــى ﷺ بالقسامة لورثة القتيل ، لما كان بين الأنصار واليهود من العداوة ، ولم يكن هناك سواهم ، وتوجد رواية أخرى عن أحمد بمثل قول الشافعى •

وقال أبو حنيفة ، والثورى ، والأوزاعى : وجود القتيل فـــى المحلـــة والقرية يوجب القسامة ، ولا تثبت القسامة عندهم فى شئ مـــن الصـــور السابقة إلافى هذه الصورة ، لأنها عندهم هى الصورة التى حكم النبى ﷺ فيها بالقسامة [١].

<u>أبو حنيفة يشترط وجود أثر بالقتيل :</u>

اشترط أبو حنيفة وصاحباه ، والثورى وجود أثربالقتيل حتى يتحقـــق اللوث •

ويرى مالك ، والشافعى ، والحنابلة وجوب القسامة بنفس وجود القتيل فى محلة قوم دون اشتراط الأثر الذى اشترطه أبو حنيفة ومن معه ، وهـذا الرأى مروى عن عمر وابن مسعود ، وقال به الزهـــرى وجماعـــة مـــن التابعين ، وهو أيضا ما يراه ابن حزم [٢].

وبعد ، فإن أحكام القسامة ــ كما يقول الشوكانى ــ مضطربة غايـــة الاضطراب والأدلة فيها واردة على أنحاء مختلفة ، ومذاهب العلماء فـــى تفاصيلها متنوعة إلى أنواع ومتشعبة إلى شعب [٣].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١١ ، ص ١٤٤ •

(٢) بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٤٦٩ ، والمغنى ، جـ ٨ ، ص ٨١ •

(٣) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٩٠ •

الوسيلة السابعة من وسائل الإثبات

القافة

معنى القافة :

القافة : جمع قائف ، مثل الباعة جمع بائع ، والكفرة جمع كافر والقائف في اللغة : متتبع الآثار ، وفي الشرع : من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه ، بما خصه الله تبارك وتعالى به من علم ذلك •

فالقائف نستعين به بوصفه وسيلة من وسائل النسب ، فكما يثبت النسب بالإقرار ، وبالشهادة ، يثبت أيضا بقول القائف ، فإذا وجد شك في بنوة إنسان لإنسان فإنه من المشروع أن يؤخذ برأي القائف ، وهو الشخص الذي أعطاه الله القدرة على أن يعرف وجوه الشبه بين الابن وأبيه فمن ألحقه به ألحقناه به ، ومن البديهي أن لا نثق في قدرة شخص على هذا إلا بعد اختباره مرات عديدة حتى نتأكد من صلاحيته للقيام بهذه المهمة وكانت العرب تحكم بالقيافة ، وتفخر بها ، وتعدها من أشرف علومها ، فأقر الإسلام هذه الوسيلة في إثبات النسب •

الدليل على مشروعية القضاء بالقافة :

يدل على مشروعية إثبات النسب بالقافة ما رواه البخاري ، ومسلم عن عائشة – رضي الله عنها – قالت : دخل عليَّ النبي ﷺ مسرورا تبرق أسارير وجهه [1]، فقال : " ألم ترى أن مجززا المدلجي [2] دخل عليّ فرأى

---

(١) الأسارير : هي الخطوط التي في الجبهة ، والواحد منها سر ، وسرر ، وجمعها أسرار وأسرة ، وجمع الجمع أسارير ، ومعنى تبرق أسارير وجهه أي تضئ وتستنير من الفرح والسرور ، سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١٣٦ •

(٢) كان مجزز قائفا ، والمدلجي أي من بني مدلج •

أسامة وزيدا عليهما قطيفة ، قد غطيا بها رؤوسهما ، وقد بدت أقدامهما ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض " .

وكان المنافقون أيام رسول الله ﷺ يطعنون فى نسب أسامة بن زيد بن حارثة ، لأنه كان طويلا ، أسود ، أقنى الأنف [١] ، وكان زيد بن حارثة قصيرا بين السواد والبياض ، أخنس الأنف [٢] ، وكان طعن المنافقين فى نسب أسامة مغيظة لرسول الله ﷺ ، لأنه عليه الصلاة والسلام كان يحب زيدا وابنه ، ولا غرو فى ذلك ، فقد كان رسول الله ﷺ متبنيا زيدا قبل أن يحرم الله تبارك وتعالى التبنى فى شريعة الإسلام [٣] . وأسامة هو ابن أم أيمن ، وكانت وصيفة لعبد الله والد النبى ﷺ ، وحاضنته عليه الصلاة والسلام ، وكانت حبشية سوداء [٤].

فلما قال مجزز المدلجي ذلك ــ وهو لا يرى إلا أقدامهما فقط ــ سر ذلك رسول الله ﷺ .

---

(١) القناء ــ بفتح القاف ــ : احديداب فى الأنف ، يقال : رجل أقنى الأنف وامرأة قنواء .

(٢) يقال : خنس الأنف ــ خنسا ــ بوزن تعب تعبا ــ أى انخفضت قصبته ، فالرجال أخنس ، والمرأة خنساء ــ المصباح .

(٣) كان التبنى شائعا فى الجاهلية ، ولم يحرم فى بداية الإسلام فاستمر ، ثم حرمه الله تبارك وتعالى بقوله : ﴿ ما جعل الله لرجل من قلبين فى جوفه وما جعل أزواجكم اللائى تظاهرون منهن أمهاتكم وما جعل أدعياءكم أبناءكم ﴾ ، الآية رقم ٤ من سورة الأحزاب .

(٤) ثبت فى الصحيح أن أم أيمن كانت حبشية ، وصيفة لعبد الله والد النبى ﷺ ، ويقال : كانت من سبى الحبشة الذين قدموا زمن حادثة الفيل ، فصارت لعبد المطلب ، فوهبها لعبد الله والد النبى ﷺ ، وتزوجت قبل زيد عبيدا الحبشى فولدت له أيمن ، فكنيت به واشتهرت بكنيتها ، واسمها بركة ، سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

ووجه الاستدلال بالحديث : أن رسول الله ﷺ أقر أن يؤخذ بحكم القائف ، وإقراره ﷺ ذلك يدل على أن القافة حق ، فإن التقرير أحد أنواع السنة [1] ، وهى المصدر الثانى للتشريع بعد كتاب الله تبارك وتعالى ، قال الشافعى رضي الله عنه : " فلو لم يعتبر قوله لمنعه من المجازفة ، وهو ﷺ لا يقر على خطأ ، ولا يسر إلا بالحق " .

وحقيقة التقرير أن يرى النبى ﷺ فعلا من فاعل ، أو يسمع قولا من قائل ، أو يعلم به ، وكان ذلك الفعل من الأفعال التى لا يعلم تقدم إنكاره لها كمضى كافر إلى كنيسة ، ولم ينكره .

والرسول ﷺ لم ينكر عمل القائف ، بل إن استبشاره به أوضح فى التقرير ، فإنه استبشر بكلام مجزز فى إثبات نسب أسامة إلى زيد ، فدل ذلك على تقرير كون القيافة طريقا إلى معرفة الأنساب [2].

ونقل عن أصحاب رسول الله ﷺ أنهم اعتبروا عمل القائف أيضا ، فقد روى مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط [3] أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الإسلام ، فأتى رجلان إلى عمر رضي الله عنه كلاهما يدعى ولد امرأة ، فدعا قائفا ، فنظر إليه القائف ، فقال : لقد اشتركنا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة ، فقال : أخبرينى خبرك ، فقالت : كان هذا – لأحد الرجلين – يأتيها فى إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم ينصرف عنها ، فأهريقت عليه دما ، ثم خلف

---

(١) السنة أقوال النبى ﷺ ، وأفعاله ، وتقريراته .

(٢) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١٣٧ .

(٣) يليط مأخوذ من ألاطة يليطه إذا ألصق به .

عليها هذا ــ تعنى الرجل الآخر ــ فلا أدرى من أيهما هو ؟ فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : فإلى أيهما شئت فانتسب ، فقضاء عمر بمحضر الصحابة بالقيافة من غير إنكار من أحد يكون كالإجماع تقوى به أدلة القيافة ، قال العلماء : والعمل بالقيافة مروى عن ابن عباس ، وأنس بن مالك ، ولا مخالف لهما من الصحابة [١] . روى الشافعى أن أنسا شك فى مولود له فدعا له قائفا .

هذا ، وقد ذهب إلى أن القائف حجة فى إثبات النسب مالك ، والشافعى وأحمد ، وخالف أبو حنيفة وأصحابه ، والهادوية إحدى فرق الزيدية ، وقالوا : لا اعتبار بقول القائف ، لكن هؤلاء محجوجون بما ثبت عن رسول الله ﷺ وبعض صحابته رضى الله عنهم [٢].

حجة المانعين لثبوت النسب بالقافة :

احتج القائلون بأن القافة ليست وسيلة من وسائل إثبات النسب عدة أمور ، وسنقتصر على ذكر بعضها ، اختصارا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه متى ثبت النص لا يقبل غيره ، قال العلماء : لا يقبل التعليل فى مقابلة النص [٣] ، وإليك بعض ما استدل به المانعون لثبوت النسب بالقافة .

أولا : العمل بالقافة تعويل على مجرد الشبه ، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة القاربة ، وقد ينتفى الشبه بين الأقارب .

---

(١) سبل السلام ، جـ ٤ ، ص ١٣٧ .
(٢) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٨٨ .
(٣) فتح القدير ، جـ ٧ ، ص ٣٧٥ .

مناقشة هذا الاستدلال :

أجاب المخالفون عن هذا الاستدلال : بأن قولكم أن القائف يعتمد الشبه هذا حق ، فالشبه يكون بين الولد وأبويه ، وأصول الشرع وقواعده والقياس الصحيح تقتضي الشبه في لحوق النسب ، والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها ، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب ، من شهادة المرأة الواحدة على الولادة ، والدعوى المجردة مع الإمكان ، وظاهر الفراش ، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن سبب مقاوم له كافيا في ثبوته •

فإن قيل : إن رسول الله ﷺ ألغى الشبه في لحوق النسب ، كما ثبت في الحديث الصحيح أن رجلا قال له عليه الصلاة والسلام : " إن امرأتي ولدت غلاما أسود ، فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : فما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : فهل فيها من أورق ؟ ، قال : نعم ، إن فيها أورقاً ، قال : فأنى لها ذلك ؟ قال : عسى أن يكون نزعه عرق ، قال : وهذا عسى أن يكون نزعه عرق " •

فالجواب : أن رسول الله ﷺ لم يعتبر الشبه ههنا لوجود الفراش ، لأنه توجد زوجية هنا ، والفراش أقوى من الشبه ، بل في الحديث ما يدل على اعتبار الشبه ، فإنه ﷺ أحال على نوع آخر من الشبه ، وهو شبه الأصول الأول ، وهذا الشبه أولى لأنه تقوى بالفراش •

وأما قولهم بأن الشبه قد يقع بين الأجانب ، وقد ينتفي بين الأقارب ، فالجواب عليه بالتسليم بهذا ، لكن الظاهر الأكثر وقوعا خلاف ذلك ، وهو الذي أجرى الله تبارك وتعالى العادة به ، وجواز التخلف عن الدليل

والعلامة الظاهرة فى النادر لا يخرجه عن أن يكون دليلا عند عدم معارضة ما يقاومه ·

ألا ترى أن الفراش دليل على النسب والولادة ، وأن فلانا هو ابن فلان ، ويجوز ــ بل يقع كثيرا ــ تخلف دلالته ، وتخليق الولد من غير ماء صاحب الفراش ، وهو الزوج ، ولا يبطل ذلك كون الفراش دليلا ·

وكذلك أمارات الخرص [1] ، والقسمة ، والتقويم وغيرها ، قد تتخلف عنها أحكامها ومدلولاتها ، ولا يمنع ذلك اعتبارها ، وكذلك شهادة الشاهدين وغيرهما ، وأمثال ذلك كثير [2].

ثانيا : لو أثر الشبه والقافة فى نتاج الإنسان لأثر أيضا فى نتاج الحيوان ·

مناقشة هذا الاستدلال :

أجيب عن هذا بعدة وجوه :

الوجه الأول : منع الملازمة ، إذ لم يذكروا عليها دليلا سوى مجرد الدعوى ، فأين التلازم شرعا وعقلا بين الناس ·

الوجه الثانى : أن الشارع يتشوف إلى ثبوت الأنساب مهما أمكن ، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته ، ولهذا ثبت بالفراش ، وبالدعوى المجردة وبالأسباب التى بمثلها لا يثبت نتاج الحيوان ·

---

(١) يعمل بالخرص فى الزكاة ، فإذا بد صلاح ثمار النخل والكرم ــ العنب ــ ينبغى للحاكم أن يرسل ساعيه ليخرصها ، أى يقدر كمية الثمار بحسب اجتهاده ، وغالب ظنه ، حتى يعرف ما يجب فيها من الزكاة بعد أن ينظر فى الرطب الموجود والعنب الموجود على الشجر ، ويقدر باجتهاده ما يجئ من ذلك التمر والزبيب ، المغنى ، جـ ٢ ، ص ٧٠٦ ·

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ٢٥٢ ، وما بعدها ·

الوجه الثالث : أن سبب النسب هو الاتصال الجنسى ، وهو إنما يقع غالبا فى غاية من التستر والتكتم عن العيون وعن اطلاع القريب والبعيد عليه ، فلو كلف بأن يأتى بالبينة على سبب النسب لأدى ذلك إلى ضياع أنساب بنى آدم ، وفسدت أحكام الصلات التى بينهم ، ولهذا وجدنا أن النسب يثبت بأيسر شئ ، من فراش ، ودعوى ، وشبه ، حتى إن أبا حنيفة أثبته بمجرد العقد ، مع القطع بعدم وصول أحد الزوجين إلى الآخر وخروجه منهما ، احتياطا للنسب ، ومن المعلوم أن الشبه أولى وأقوى من ذلك بكثير •

الوجه الرابع : أن الله تبارك وتعالى جعل بين أشخاص الآدميين من الفروق فى صورهم وأصواتهم ، وغير ذلك ما يتميز به بعضهم من بعض ولا يحصل الإشتباه بينهم بحيث يتساوى الشخصان من كل وجه إلا فى بعض الحالات النادرة غاية الندرة ، مع أنه أيضا فى هذه الحالات النادرة جدا لابد من الفرق ، وهذا القدر لا يوجد مثله بين أشخاص الحيوان ، بل التشابه فيه أكثر ، والتماثل أغلب ، فلا يكاد الحس يميز بين نتاج حيوان ونتاج حيوان غيره برد كل منهما إلى أمه وأبيه ، وإن كان قد يقع ذلك لكن وقوعه قليل بالنسبة إلى أشخاص الآدميين ، فإلحاق أحدهما بالآخر ممتنع •

وبعد ، فقد كان ما سبق بعضا مما استدل به المانعون للقافة ودورها فى إثبات النسب ، وما أجيب به من أصحاب الرأى القائل بأنها وسيلة من وسائل إثباته ، وواضح صحة رأى الجمهور وبطلان رأى مخالفيهم ، لأنه إذا كانت السنة قد دلت على ثبوت النسب بهذا الطريق ، فلا مجال للرأى ،

وإنما يكون العمل بما ثبت بالسنة ، وعلى هذا فلا اعتبار بما استند إليه المانعون للقافة فى النسب ٠

شروط القائف :

اشترط العلماء عدة شروط فى القائف ، حتى تطمئن النفس إلى ما يحكم به ، وهذه الشروط هى :

أولا : الإسلام ، فلا يقبل قول الكافر فى هذا الأمر ٠

ثانيا : العدالة ، فلا يقبل قول الفاسق ، لأن القائف حاكم ، أو قاسم ٠

ثالثا : أن يكون بصيرا ، فلا اعتبار بقول الأعمى ، وهذا شرط بدهى إذ لا يعقل أن يحكم الأعمى بأن هذا ابن هذا بناء على الشبه الموجود بينهما ٠

رابعا : أن يكون ناطقا ، فلا اعتبار بإشارة الأخرس حتى لو كانت إشارته مفهومة ٠

خامسا : انتفاء العداوة عن الذى ينفيه عنه ، وانتفاء الولاء عمن يلحقه به ٠

سادسا : أن يكون مجربا ، بفتح الراء المشددة ــ فى معرفة النسب أى أن يكون قد ثبت من التجارب المتعددة صدقه فيما يقول ، ويمكن أن يكون ذلك باختباره فى قرابات ثابتة بين ابن وأبيه ، وابن وأمه ، وأخ وأخيه ، كابن يعرض على القائف مع رجال ليس فيهم أبوه عدة مرات ، ثم يعرض عليه مع رجال فيهم أبوه ، فإن عرفه ثبتت الثقة بقوله ، وهكذا فى الإبن مع أمه بأن يعرض على القائف فى نسوة ليس فيهن أمه عدة مرات ،

ثم يعرض عليه نسوة فيهن أمه ، وكذلك الأمر بالنسبة للأخ مع أخيه ٠ حتى نطمئن إلى أن أحكامه صحيحة ، فكما لا يولى الرجل منصب القضاء إلا بعد أن نعرف علمه بالأحكام ، فكذلك لا يؤخذ بقول شخص فى إثبات النسب إلا إذا ثبت علمه – بطريقة الاختبار – فى معرفة النسب ، فلابد أن يغلب على ظننا أن قول هذا الشخص الذى يدعى العلم بالقيافة عن خبرة بمعرفة الأنساب ، وليس عن مجرد صدفه واتفاق ٠

سابعا : أن يكون حرا على الراجح من رأيين لفقهاء الشافعية ، قياسا على القاضى ، والرأى الثانى لا يشترط الحرية فى القائف – قياسا على المفتى ، فإن الإفتاء كما يجوز من الحر يجوز أيضا ممن به رق ، وهذا الرأى الأخير هو الأرجح ٠

ثامنا : اشتراط فقهاء الشافعية أيضا – على الرأى الراجح عندهم – أن يكون ذكرا قياسا على القاضى أيضا ، والرأى الثانى عندهم أنه لا يشترط الذكورة فى القائف ، قياسا على المفتى ، فالإفتاء كما يجوز من الرجل يجوز من المرأة فكذلك القيافة ٠

والرأى الآخير – بحسب ظنى – هو الأولى بالقبول ، لأن المدار فى كون الشخص يصلح للنسب أو لا يصلح ، هو قدرته على معرفة أن هذا ابن لهذا ، أو أن هذا أخوه ، وهكذا ، فإذا تحققنا من قدرته بالاختبار مرات عديدة ، فلا معنى هنا لاشتراط الذكورة ، فإذا تحققنا من قدرة امرأة على هذا الأمر فقد تحقق المقصود ٠

تاسعا : اشترط بعض فقهاء الشافعية التعدد فى القائف ، فلا يكفى على هذا الرأى قبول الواحد ، قياسا على القاضى ، والقاسم ٠

وأرى : أن الراجح عند فقهاء الشافعية هو المستفاد أيضا من قصة القائف مع زيد بن حارثة وأسامة ابنه ، فالقائف كان واحدا ، وهو مجزز المدلجي ، وأقر النبي ﷺ ذلك ، وإذا ثبت النص فلا اعتبار بما يخالفه .

عاشرا : اشترط البعض أن يكون القائف مدلجيا أي من بني مدلج ، لكن الراجح عدم اشتراط بذلك .

وقد استند الرأي القائل باشتراط كونه من بني مدلج في ذلك بأن القصة وردت فيهم دون غيرهم ، وقد يخص الله عز وجل جماعة بنوع من المناصب والفضائل .

وأما الرأي الراجح فيعلل له بأن القيافة نوع من العلم ، ولا يختص العلم بقوم دون قوم ، فمن تعلم هذا العلم عملنا بقوله ، وفي سنن البيهقي أن عمر بن الخطاب ﷺ كان قائفا يقوف ، مع أن عمر ليس مدلجيا .

مما سبق يتبين لنا : أن النسب يثبت بقول القائف ، فإذا حدث أن شخصين تداعيا ولدا مجهول النسب ، صغيرا ، سواء أكان لقيطا أولا عرضناه على القائف ، فمن ألحقه به لحقه .

وكذلك لو اشترك رجلان في اتصال جنسي بامرأة ، فولدت ولدا من الممكن أن يكون من كل منهما ، وادعى كل منهما ، أو أحدهما أنه ولده ولم يتخلل بين الجماعين حدوث حيضة ، فإنه يعرض على القائف ، حتى في كان الولد بالغا عاقلا ، فلا يشترط أن يكون صغيرا كما هو الشرط في الصورة الأولى .

واشتراك رجلين في الاتصال الجنسي بامرأة له عدة صور :

من هذه الصور ما لو حدث الاتصال الجنسي بشبهة ، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بوطء الشبهة ، كأن وجدها كل منهما في فراشه

فظنيا زوجته ومنها ما لو اتصل الرجل جنسيا بزوجته ثم طلقها ، فاتصل بها آخر جنسيا بشبهة ، أو تزوجها زواجا فاسدا لم يستوف أركان عقد الزواج وشروط صحته ، ثم اتصل جنسيا بها بعد هذا الزواج الفاسد .

هذا ، وقد بين العلماء أنه لو تخلل بين الاتصال الجنسي من الرجلين حيضة ، فالولد يحكم به للرجل الثاني ، لأن الحيض أمارة ظاهرة من حصول براءة الرحم عن الأول فينقطع تعلقه عنه ، وإذا انقطع عن الأول تعين للثاني .

إذا أشكل الأمر على القائف :

قال بعض فقهاء الشافعية : إنه لو تحير القائف فلم يستطع إلحاقه بأحدهما ، وقف الأمر حتى يبلغ الطفل موضوع القضية ويعقل ، ويختار الانتساب إلى أحد الرجلين بحسب الميل القلبي الذي يجده ، ويحبسه القاضي ليختار إن امتنع من الانتساب ، إلا إذا لم يجد ميلا إلى أحدهما فيتوقف الأمر [1].

ويرى ابن القيم أنه إذا تعذرت القافة أو أشكل الأمر عليها كان المصير إلى القرعة أولى من ضياع نسب الولد ، وتركه هملا لا نسب له وعلل لهذا : بأن القرعة هنا أقرب الطرق إلى إثبات النسب ، فإنها طريق شرعي ، وقد سدت الطرق كلها ما عداها ، وإذا كانت صالحة لتعيين الأملاك المطلقة ، وتعيين الرقيق من

---

(1) مغني المحتاج ، جـ ٤ ، ص ٤٤٨ ـ ٤٩٠ .

الحر ، وتعيين الزوجة من الأجنبية [١] . فكيف لا تصلح لتعين صاحب النسب من غيره ؟ ومن المعلوم أن طرق حفظ الأنساب أوسع من طرق حفظ الأموال ، والشارع إلى ذلك أعظم تشوفا ، فالقرعة شرعت لإخراج المستحق تارة ، ولتعيينه تارة ، وهنا أحد المتداعيين هو أبوه حقيقة فعملت القرعة فى تعيينه ، كما عملت فى تعيين الزوجة عند اشتباهها بالأجنبية [٢].

ونرى أن هذا الأمر يمكن أن يهتدى فيه إلى الصواب باللجوء إلى البصمة الوراثية ، كما سنبين ذلك عند الكلام عن القرينة بوصفها وسيلة من وسائل الإثبات ، وهى الوسيلة التالية لهذا الكلام .

---

(١) إذا كان لرجل أكثر من زوجة فطلق واحدة ، ولم تكن له نية لامرأة بعينها ، فيرى أحمد ــ كما نقل عنه ــ أنه يعمل بالقرعة ، فالتى أصابتها القرعة هى المطلقة ، وقال أبو حنيفة والشافعى لا يعمل بالقرعة هنا ، ولكن إذا كان الطلاق بواحدة لا بعينها ولا نواها فإنه يختار صرف الطلاق إلى أى واحدة شاء ، وإن كان الطلاق لواحدة بعينها ونسيها فإنه يتوقف فيهما حتى يتذكر ولا يقرع بينهما ولا يختار صرف الطلاق إلى واحدة منهما ، وقال مالك : يقع الطلاق على الجميع .
الطرق الحكمية ، ص ٣٤٥ .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ٢٧٥ .

الوسيلة الثامنة من وسائل الإثبات

القرينة عند الجمهور

تمهيـــــــد :

إذا رأيت قطاراً يتحرك مغادرا محطته ، وشخصا يجرى بإزائه متجها اتجاه هذا القطار ، ويحمل حقيبة فى يده ، فهذه الصورة قرينة تفيد الظـــن الغالب بأن هذا الشخص يريد اللحاق بالقطار المتحرك .

وإذا وجدنا شخصا سكران ، أو وجدناه يقيئ الخمر فهذه قرينة تفيــــد الظن الغالب الذى يقرب من اليقين أنه شرب الخمر متعمدا ، وإذا وجــدت امرأة حامل ليس لها زوج فهذه قرينة تفيد الظن الغالب الذى يقـــرب مـــن اليقين كذلك أن هذه المرأة زانية ، وإذا رأينا إنسانا ممسكا بسكين ملوثـــــة بالدماء وقد خرج من دار مضطربا ممتقع اللون خائفا ، فدخلنا الدار فـــور خروجه فوجدناه قتيلا مضرجا فى دمائه ولا يوجد فى الـــدار غـــير هـــذا الرجل الذى خرج ، فهذه قرينة تفيد الظن الغالب أيضا الذى يقـــرب مـــن اليقين أن هذا الرجل الذى خرج بهذه الحال هو الذى قتـــل القتيـــل ، وإذا سكتت البكر عند أخذ إذنها فى الزواج ، فهذا يعد قرينـــة تفيـــد رضاهـــا بالزواج ، وإذا قبض الموهوب له الهبة مع حضور المالك وسكوته فإن هذا يعد قرينة تفيد الإذن بالقبض ، وإذا وجدنا بقعة من دم فصيلـــة دم القتيـــل على ملابس المتهم ، أو وجدت بصمته على السلاح المستعمل فى الجريمة

فهذا يعد قرينة تفيد الظن الغالب الذى يقرب من اليقين أن المتهم هو فاعل الجريمة ، هذا وقد اتفق العلماء على أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم فى أية قضية إلا إذا وجدت الحجة التى يثبت بها الحق ، واتفقوا أيضا على أن الإقرار والبينة ، واليمين والنكول ، حجج شرعية يعتمد عليها القاضى فى قضائه ويعول عليها فى حكمه [1] ، ولكنهم مختلفون فى القرائن هل تصلح وسيلة من وسائل الإثبات أم لا، والملاحظ أن فقهاءنا القدامى — رضى الله عنهم — قد تعرضوا فى كتبهم لوسائل الإثبات ، وأفردوا لكل منها بحثا مستقلا ، كالشهادة ، والإقرار ، والنكول عن اليمين ، وغيرها ، لكنهم لم يذكروا القرائن صراحة فى طرق الإثبات ، ولم يخصوها ببحث مستقل ، إلا أنهم أخذوا بها فى الجملة فى مسائل كثيرة من الفقه الإسلامى ومنها مسائل متفق عليها بين الأئمة الأربعة ، ويمكن القول بأن جمهور العلماء يرون أن القرينة إحدى وسائل الإثبات فى الجملة وإن كان قد حدث خلاف بينهم فى بعض الجزئيات ، وأما الذين لا يرون أنها وسيلة من وسائل الإثبات فهم عدد قليل من العلماء [2].

تعريف القرينة :

القرينة فى اللغة لها معان متعددة ، فمن معانيها النفس ، وتسمى بذلك لأنها تقارن الإنسان وتصاحبه ، ومنها الزوجة ، فيقال : فلانة قرينة فلان بمعنى زوجته ، وهى كذلك لأنها تقارن الزوج وتلازمه طوال مدة الزوجية

---

(١) مقارنة المذاهب فى الفقه للشيخين محمود شلتوت ، ومحمد على السايس ، ص ١٣٧ .

(٢) محاضرات فى علم القاضى والقرائن وغيرهما للدكتور عبد العال عطوة ، ص ٢٩ — ٣١ ، مكتوبة بالآلة الكاتبة .

وأما فى اصطلاح أرباب العربية فهى : أمر يشير إلى المقصود ، أو هـــى ما يدل على الشئ من غير الاستعمال فيه .

وهى إما حالية أو مقالية ، وبعبارة أخرى إمـــا معنويـــة أو لفظيـــة ، ومثال الحالية ما لو قلت لشخص يتجهز للسفر : فى كنف [1] الله ورعايتـــه فإن العبارة فيها حذف يدل عليه حال المسافر من تجهزه للسفر ، وتأهبه له وهو القرينة الحالية ، والتقدير : سر فى كنف الله ورعايته ، ومثال المقالية ما لو قلت : رأيت أسدا يخطب فى الناس يحثهم على الجهاد ، فالمراد مـــن هذا التعبير الرجل الشجاع ، والدليل ذكر الخطابة التى لا يمكن أن تكـــون من الأسد الحقيقى ، وهذا قرينة مقالية [2].

هذا ، ولم أجد كما لم يجد من سبقنى فى الكلام عن القرينـــة ، مـــن العلماء الأفاضل واطلعت على كتاباتهم فيها ، تعريفا لفقهائنا القدامى للقرينة على الرغم من أنهم ذكروا صورا فقهية كان الحكـــم فيـــها مبنيـــا علـــى القرينة .

ويعزو ذلك أحد فقهائنا المحدثين [3] ، إلى وضوح معناها وعدم الخفاء فيها ولعلهم ـــ كما يبين هذا الفقيه الفـــاضل ـــ اكتفـــوا بعطـــف التفســـير والمرادف عن بيانها ، إذ كثيرا ما يتبعون القرينة بكلمتى الأمارة والعلامـــة

---

(١) الكنف ـــ بفتح الكاف والنون ـــ معناه فى اللغة : الجانب . والجمع أكناف ، مثل ســـبب وأسباب . المصباح المنير .

(٢) حجية القرائن فى القانون والشريعة للشيخ فتح الله فتح الله زيد رسالة للأستاذية مقدمـــة إلى كلية الشريعة بالأزهر سنة ١٣٥٥ ، مكتوبة بالخط الرقعة ، ص ٧٠ ، وهى بمكتبة كلية الشريعة والقانون برقم ٤٢ .

(٣) الشيخ فتح الله فتح الله زيد فى رسالته (حجية القرائن) ص ٨ مصدر سابق .

وكأنهم بهذا يريدون أن يبينوا أن القرينة هي الأمارة والعلامة . وقد اجتهد الفقهاء المعاصرون في إيجاد تعريف للقرينة ، وقد تنوعت تعريفاتهم لها ، وإليك بعضا منها .

عرفها الشيخ فتح الله زيد بأنها (الأمارة) التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم [١] ، أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال [٢].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ورد فيه كلمة (الأمارة) والأمارة تدل على الشئ على سبيل الظن ، فلا تشمل ما تدل عليه على سبيل الشك أو الوهم [٣] ، مع أن القرينة قد تكون دلالتها على سبيل الشك ، أو الوهم .

ومثال القرينة التي تفيد شكا وجود رجل وامرأة أجنبية عنه في مكان مظلم ليلا ، خال بعيد عن الناس ولم ير أحد ما يدل على أنهما ارتكبا

---

(١)مثال الأمارة التي نص عليها الشارع سكوت البكر فإنه إذن في زواجها ، والفراش فإنه يثبت النسب من صاحبه ، ومثال الأمارة التي استنبطها العلماء باجتهادهم إهداء المرأة ليلة الزفاف إلى الزوج الذي لم يرها قبل ذلك فإنه يحل له الدخول بها ولو لم يشهد شاهدان على أنها زوجته .

(٢) حجية القرائن ، ص ٨ ، للشيخ فتح الله زيد .

(٣) الأمارة في اللغة العلامة ، وزنا ومعنى ، وأما في الاصطلاح ، فهي التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول ، كالسحاب بالنسبة إلى المطر ، فإنه يلزم من العلم بالسحاب الظن بوجود المطر ، وفرق العلماء بين الأمارة والعلامة ، بأن العلامة هي ما لا ينفك عن الشئ ، كوجود الألف واللام على الاسم ، فمن علامات الاسم وجود الألف واللام ، مثل المدرسة ، والمسجد ، والقلم ، وهكذا ، والأمارة تنفك عن الشئ ، كالسحاب بالنسبة للمطر ، فقد يوجد السحاب ولا يوجد المطر ، بعكس الألف واللام فكلما وجدت الألف واللام وجد الاسم . المصباح المنير ، للفيومي ، والتعريفات للجرجاني ، ص ٢٠ .

جريمة الزنا ، ومثال القرينة التى تفيد وهما ، ما لو سافر رجل مع من يحبها على طائرة ، فمن الوهم احتمال ارتكابهما جريمة الزنا أثناء طيران الطائرة ، حتى لو كان السفر ليلا ولمسافة طويلة جدا ، ونوم جميع الركاب •

فالقرينة – إذن – قد تكون دلالتها فى بعض الصور على سبيل الشك أو الوهم ، والتعريف للقرينة قصر معناها على (الأمارة) والأمارة تدل على الشئ على سبيل الظن : لا على سبيل الشك أو الوهم ، مع أن القرينة قد تدل على واحد من الأمور الثلاثة : الظن ، والشك ، والوهم ، وعلى هذا فالتعريف غير جامع • والشرط فى التعريف أن يكون جامعا مانعا ، جامعا لكل أفراد المعرف ، مانعا من دخول غير المعرف فيه ، فإذا عرفنا الإنسان مثلا بأنه حيوان يتكلم العربية ، فهذا تعريف غير جامع ، لأن من أفراد الإنسان من لا يتكلم العربية ويتكلم الإنجليزية أو الفرنسية أو غيرهما ولهذا فمن التعاريف الصحيحة أن نقول : الإنسان حيوان ناطق ، وإذا قلنا : الإنسان حيوان يأكل الخضروات فهذا تعريف غير مانع ، لأنه يدخل فى التعريف حيوانات أخرى غير الإنسان ، فلا يكون التعريف مانعا•

فالشرط فى التعريف كما بينا أن يكون جامعا مانعا ، والتعريف المذكور للقرينة لم يكن جامعا لكل أفرادها •

ونفس هذه الملاحظة من الممكن أن توجه إلى ما جاء فى المجلة العدلية خاصا بتعريف القرينة ، ففى المادة ١٧٤١ أن القرينة هى الأمارة البالغة حد اليقين •

وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقا والدكتور وهبه الزحيلى بأنها : " كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه " ٠

ويلاحظ على هذا التعريف أن فيه دورا ، والدور باطل ، بيان الدور أنه من المعلوم أن التعريف يقصد به توضيح حقيقة المعرف ، فالمعرف لا يفهم معناه إلا إذا فهم التعريف ، فلو كان التعريف أيضا لا يفهم إلا إذا فهم المعرف حصل الدور ، وهذا ما حدث هنا ، فإنه ذكر فى تعريف القرينة كلمة (تقارن) وكلمة (تقارن) لا تفهم إلا إذا فهمنا كلمة (قرينة) فصار فهم التعريف ، متوقفا على فهم المعرف ، وفهم المعرف متوقف على فهم التعريف ، فيحدث الدور ، والدور باطل ، لأنه يستلزم أن يكون الشئ سابقا لشئ آخر ولاحقا فى نفس الوقت ، وهذا تناقض ٠

كما يلاحظ على هذا التعريف أيضا نفس الملاحظة التى لوحظت على تعريف الشيخ فتح الله زيد ، والتعريف الذى جاء فى المجلة العدلية ٠

وعرفها الدكتور عبد العال عطوة بأنها : " ما تدل على أمر خفى مصاحب لها بواسطة نص ، أو اجتهاد ، أو فهم يفيضه الله تعالى على من يشاء من عباده " ويمكن أن يستخلص من هذا التعريف الأخير ــ وهو الذى نرتضيه ــ أن للقرينة ثلاثة أركان ، وهى التى سنذكرها فيما يلى : لكن نحب قبل أن نذكر هذه الأركان أن نشير إلى أنه من المستحسن أن تزاد كلمة (من الفقهاء) بعد كلمة (أو اجتهاد) ٠

الأول : الأمر الظاهر (الدال) ٠

الثانى : الأمر الخفى ، الذى دل عليه الأمر الظاهر ، وهو المجهول فى بادئ الأمر (المدلول) ٠

الثالث : الصلة الموجودة بين الأمر الظاهر وبين الأمر الخفى ، التى يتوصل بها إلى معرفة الأمر الخفى ٠

وتتضح هذه الصلة وتبين إذا توافرت قوة الذهن ، والفطنة ، واليقظة وبما يفيضه الله تبارك وتعالى على عباده من المواهب العقلية ، وهذا فى غير القرائن التى نص الشرع عليها فى القرآن ــ والسنة ، أو استنبطها علماء الشريعة باجتهادهم [1].

أقسام القرينة من حيث دلالتها :

اختلف الفقهاء المعاصرون فى أقسام القرينة ، فقسمها الدكتور عبد العال عطوة إلى قسمين :

أحدهما : ما تكون دلالته قوية بحيث تصل إلى درجة اليقين ٠

القسم الثانى : ما تكون دلالته ضعيفة بحيث تهبط إلى درجة الاحتمال البعيد الذى يعتبر فى حكم العدم ٠

مثال للقسم الأول :

ومثال للقسم الأول بالمثال الذى ذكره ابن الغرس من علماء الحنفية فى كتابه الفواكه البدرية [2] ، وهو خروج إنسان من دار مضطربا خائفا ، وملابسه ملوثة بالدماء ويحمل سكينا كذلك ملوثة بالدماء ، فدخل الناس

---

(١) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا ، جـ ٢ ، ص ٩١٨ ، والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبه الزحيلى ، جـ ٦ ، ص ٧٨٢ ، ومحاضرات فى علم القاضى والقرائن للدكتور عبد العال عطوة ، ص ٢٨ ، ٢٩ ، ومن طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون للدكتور عبد المنعم البهى ، ص ٧٢ ٠

(٢) التعزير عقوبة غير مقدرة فى الشرع تجب إما حقا لله أو حقا للإنسان ٠

الدار فور خروجه فوجدوا شخصا مذبوحا مضرجا بدمائه ، ولم يجدوا في الدار غير هذا الذى خرج بهذه الهيئة ، فهذه الأوصاف قرينة قوية تدل على أن هذا الذى خرج هو الذى قتل من بداخل الدار ، واحتمال أن يكون قتل نفسه ، أو أن شخصا آخر قتله وتسور الجدار وفر هاربا احتمال بعيد لا يلتفت إليه ، لأنه احتمال غير ناشئ عن دليل .

مثال للقسم الثانى :

ومثل للقسم الثانى ببكاء الشاكى فإنه ليس دليلا على أن الباكى مظلوما لاحتمال أن يكون البكاء مصطنعا .

كما حدث فى قصة يوسف وإخوته ، عندما ادعوا أن الذئب أكله ﴿وجاءوا عشاء يبكون﴾ .

ومثاله أيضا : عنده ــ وجود رجل وامرأة أجنبية عنه فى مكان مظلم ليلا ، ولم ير أحد من الشهود حدوث أمر موجب إقامة عقوبة الزنا عليهما فإن هذا لا يعد حجة لإقامة الحد عليهما ، وإنما يستحقان التعزير على وجودهما معا بهذه الصورة ، وقد روى عن ابن مسعود أنه وهو قاض قضى فى رجل وجد مع امرأة فى ملحفة ، ولم يقم عليهما الدليل بأكثر من ذلك أن يجلد أربعين جلدة وعرفه للناس [1]، وثبت عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه عزر رجلا وجد معه امرأة بعد العتمة فى ريبة بضربه دون المائة جلدة [2].

وقسمها الدكتور أنور دبور إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : قرائن ذات دلالة قوية ، ومثل لها بالمثال المذكور فى القسم الأول عند الدكتور عبد العال عطوة .

---

(1) كان عبد الله بن مسعود قاضيا على الكوفة بتولية عمر بن الخطاب .

(2) محاضرات فى علم القاضى ــ والقرائن ــ النكول عن اليمين ــ القيافة لأستاذنا الدكتور عبد العال عطوة ، ص ٢٩ .

القسم الثانى : قرائن ذات دلالة ضعيفة ، وهذا النوع ليس كالنوع الأول يستبعد معه احتمال غيره ، وإنما يحتمل غيره احتمالا ليس ببعيد ، ويختص بترجيح إحدى اليدين المتنازعين ، كما فى تنازع الزوجين على متاع البيت ، فإنه يقضى للزوج بالأشياء التى تناسب الرجال ، ويقضى للزوجة بالأشياء التى تناسبها .

ففى مثل هذا يوجد احتمال غير بعيد أن تكون الأشياء المناسبة لأحد الطرفين المتنازعين قد آلت إلى الطرف الآخر بطريق الميراث ، أو التجارة ، أو الهبة أو غير ذلك .

القسم الثالث : القرائن ذات الدلالة الملغاة : كما لو تعارضت قرينتان إحداهما أقوى من الأخرى ، فحينئذ تكون القرينة المرجوحة منهما ملغاة فلا يلتفت إليها ، وأمثلة هذا القسم كثيرة ، منها تنازع رب الدار مع خياط يعمل فى داره ملكية مقص أو أداة الخياطة ، فيحكم بذلك للخياط ، ولا يلتفت لوضع اليد هنا ، لأنه معارض بقرينة أقوى بخلاف ما لو تنازع الخياط مع رب الدار على ملكية ثوب موجود فى الدار فإنه يحكم به لصاحب الدار ، لعدم وجود قرينة أقوى من وضع اليد فى هذه الحال [1].

ونرى أن القسم الثالث لا حاجة إليه فى التقسيم ، ومجال الكلام عنه عند الكلام عن شروط العمل بالقرينة فيذكر هناك أن من شروط العمل بالقرينة أن لا يعارضها قرينة أخرى .

تقسيم الدكتور عبد السميع إمام :

وقسم الدكتور عبد السميع إمام القرينة إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : ما يفيد اليقين ، كشهود جماعة على موت شخص او قتله ، ثم جاء المشهود عليه حيا ، فإن وجوده حيا دليل قاطع على كذب الشهود أو خطئهم يقينا .

---

(١) القرائن ودورها فى الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى ، للدكتور أنور دبور ص٩٦ .

القسم الثانى : ما يفيد غالب الظن الذى يقرب من اليقيـــن ، كوجـــود امرأة حامل لا زوج لها ، ووجود شخص سكران أو يتقايأ الخمـــر ، فـــإن هذه القرينة تفيد الظن الغالب الذى يقرب من اليقين بـــأن المـــرأة حملـــت سفاحا، وأن السكران شرب الخمر متعمدا ٠

القسم الثالث : ما يفيد مجرد الظن الذى وجد معه ما يقويه لكن يحتمل خلاف ما دلت عليه القرينة ، ومثل لهذا القسم بوجود شخص ملابسه ملوثة بدماء القتيل ، أو ممسكا بسكين وبجانبه الشخص القتيل ، وفى هذا النـــوع يرى المالكية وجوب أن يطلب مع القرينة ما يقويها ، ولهذا قالوا : إن مثل هذا يعتبر لوثا [1] (علامة) يقسم معه أولياء القتيل ، ويستحقون القصاص من المتهم بالقتل إن كان القتل عمدا ، أو الدية إن كان القتل خطأ ، وعلـــى هذا فإن تقوى هذا النوع حتى صار مفيدا لغلبة الظن وجب على القـــاضى فى رأى المالكية أن يقضى به فى الحدود [2] وغيرها إذا عجز المتهم عـــن إقامة الدليل المنافى له ٠

القسم الرابع : ما يفيد مجرد الظن العادى ولم يوجد معه ما يقويه ولم يوجد أيضا ما ينافيه إلا مجرد احتمالات قريبة الوقوع فى العادة ، كوجـــود شخص يمسك بكأس الخمر فارغة وبها أثر الخمر ، أو وجود آخر يركـــب سيارة وقد وقف بجوار شخص قتيل أو مصاب بجروح ، فهذا النوع يفيـــد

---

(١) سبق بيان معنى (اللوث) عند الكلام عن القسامة ٠

(٢) الحدود ، وهى العقوبة المقدرة التى وجبت حقا لله عز وجـــل ، كعقوبـــة الزنـــا ، وشرب الخمر ، والسرقة ، وقطع الطريق ، والقذف أى رمى الغير بالزنـــا مـــن غير بينة ٠

ظنا بأن الممسك بكأس الخمر فارغة قد شربها ، وأن الواقف بسيارته بجوار الجريح أو القتيل هو الذى جرحه أو قتله ، ولكن يحتمل احتمالا ليس ببعيد أن ممسك الخمر لم يشربها ، وأن الواقف بسيارته بجوار الجريح أو القتيل لم يجرحه أو يقتله ، ويرى الدكتور عبد السميع إمام أن مثل هذا النوع من القرائن لا يقضى به فى الحدود وإن كان من الممكن أن يقضى به فى غيرها ، فلو ادعى شخص على آخر سرقة ماله ووجد المال المسروق فى بيت المتهم ، فلا يحكم عليه بحد السرقة إلا إذا قامت البينة (الشهود) على أنه سرق هذا المال ، أو وجدت قرائن أخرى تقوى هذه القرينة ، وأما المال المسروق الذى وجده عنده واتهم بسرقته فإنه يضمنه (١).

هذه هى اتجاهات الفقهاء المعاصرين الذين اطلعنا على كتاباتهم فى تقسيم القرينة ، ويمكن لنا أن نقسمها إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : أن تكون دلالتها قوية بحيث تفيد اليقين ، وهو القسم الأول من تقسيم الدكتور عبد السميع إمام ، ومثاله نفس المثال المذكور ، وهذا النوع ــ كما قال الدكتور عبد السميع ــ لا يسوغ لأحد أن يرده ، ولا يقضى به ، فإنه أقوى من الشهادة والإقرار .

ومثال هذا القسم أيضا سلامة قميص يوسف عليه السلام فإنه قرينة قوية تفيد اليقين أنه عليه الصلاة والسلام لم يأكله الذئب كما ادعى أخوته .

هذا وقد كان رأيى أنه يمكن أيضا أن يمثل لهذا النوع من القرائن بما لو ثبت من تحليل دم الزوجين أن دمهما من فصيلة (A) وثبت من تحليل

---

(١) منهاج الطالب ، فى المقارنة بين المذاهب ، للدكتور عبد السميع إمام ، ص ٢٤٦ .

دم الطفا أن دمه من فصيلة (B) فإن هذا يعد قرينة تفيد اليقين أن الطفل ليس ابنا لهذين الزوجين ، وذلك لأنه ـ كما قال العلماء التجريبيون ـ تتأثر فصيلة دم الطفل بنوع فصيلة دم الأب والأم ، وقالوا من المستحيل العادى إذا كانت فصيلة الدم من الزوجين (A) أن تكون فصيلة دم الطفل من هذا الزواج (B) وإنما فصيلة الدم التى من المحتمل أن تكون لهذا الطفل هى (O) أو (A) ، وكان من رأيى أنه بناء على هذا فيمكن أن يكون تحليل الدم وسيلة يقينية لنفى النسب ، كما يرى ذلك بعض الباحثين المعاصرين [1] لكن رأيى تغير فى هذه المسألة ، لأن نظام فصائل الدم

---

(١) لتمام الفائدة ننقل هنا جدولا كتبه أحد علماء الوراثة :

فصيلة الدم		فصيلة الدم المحتملة للطفل	فصيلة الدم التى يستحيل وجودها بين أطفال من هذا الزواج
O	O	O	Ab – b – a
O	O	A – O	AB - B
O	B	B- o	AB - A
O	AB	B-A	AB – O
A	A	A-O	AB-B
A	B	AB – B – A – O	لا يوجد
A	AB	AB – B – A	O
B	B	B – O	AB – A
B	AB	AB – B – A	O
AB	AB	AB – B – A	O

انظر : الوراثة والإنسان للدكتور محمد الربيعى ، ص ٧٨ ، ٧٩ ، مطابع الرسالة بالكويت .

الذى يؤكده علماء الوراثة الآن لم يجئ باستقراء وتتبع كامل لكل أفراد البشر فى العصور المختلفة ، وإنما هو نتيجة استقراء ناقص ، ومن المحتمل أن تشذ عما قاله علماء الوراثة حالات متعددة ، ولهذا أرى الآن أنه لو شك زوج فى زوجته ، بناء على أمارات قوية رسخت هذا الشك عنده ثم جاء ولدها بفصيلة دم يستحيل عندهم أن تكون فصيلة محتملة لهذا الولد من هذا الزواج ، فإن هذا فى رأيى الآن ، قرينة لا تفيد اليقين ، ولكنها تفيد ظنا فقط ، وإذا كان من الجائز للزوج الذى غلب على ظنه سوء سلوك زوجته أن يقذفها بالزنا إذا رأى أمارة قوية كما صرح بذلك بعض فقهائنا القدامى [1] كما لو رأى رجلا يعرف بالفجور يدخل ويخرج من عندها فى غيابه ، فإنه بناء على هذا ، إذا جاءت فصيلة دم الولد مخالفة لما هو معروف علميا الآن من الفصائل المحتملة فى هذا الزواج كان ذلك مبررا للزوج فى جواز إقدامه على اتهام امرأته التى يغلب على ظنه سوء سلوكها لأمارة أخرى قوية مع هذه الأمارة ، بجريمة الزنا ونفى الولد باعتبار أن تحليل الدم قرينة قوية تفيد غلبة الظن ولا تفيد اليقين كما كنت أرى قبل ذلك ، مع ملاحظة أنه إذا لم ينف الزوج الولد فالقاعدة الشرعية أن الولد للفراش أى ينسب للزوج ، كما بين ذلك رسول الله ﷺ فى الحديث الشريف : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " .

---

(١) يرى الحنابلة وبعض المالكية : أنه يجوز للرجل أن يلاعن امرأته إذا رأى رجلا يعرف بالفجور يدخل إليها ويخرج من عندها ، تبصرة الحكام جـ ٢ ، ص ١١٨ ، والطرق الحكمية ص ٢٥ ، ويبين بعض الحنفية أنه إذا كان للرجل جارية غير عفيفة تخرج وتدخل ، ويعزل عنها سيدها ، فجاءت بولد ، وأكبر ظنه أنه ليس منه كان فى سعة من نفيه ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم جـ ٣ ص ٢١٤ .
وانظر أيضا : البدائع جـ ٣ ، ص ٢٣٧ ، والأم جـ ٥ ، ص ٣٠٤ ، والمغنى جـ ٧ ص ٤١٢ ، والمحلى جـ ١٠ ، ص ١٤٤ ، ونيل الأوطار جـ ٦ ، ص ٢٧٥ ، وشرح كتاب النيل جـ ٧ ، ص ٣٥٩ .

وكل هذا بناء على ما قرره علماء الوراثة والأطباء ، فالفتوى مبنية على أن ما قالوه وقرروه حقيقة علمية لا تقبل النقض ، فهم المسئولون عن تقرير هذه الحقيقة العلمية ، والفقه الإسلامى يتفق مع الحقائق العلمية .

لكن لا يكون تحليل الدم وسيلة لإثبات النسب ، وهذا بناء على ما أكده الأطباء والمعمليون المعاصرون ، فالفتوى تبنى على ما قرروه فى ذلك ، فهم المسئولون عن هذه النتيجة التى نحكيها عنهم ، فإذا كان ما قرروه فى ذلك ، فهم المسئولون عن هذه النتيجة التى نحكيها عنهم ، فإذا كان ما قرروه قد ثبت ثبوتا قطعيا لا يتخلف ولو مرة ، فيكون الحكم كما بينا .

وأقوى من فصيلة الدم البصمة الوراثية التى سنتكلم عنها فيما يأتى

القسم الثانى : أن تكون دلالة القرينة لا تفيد اليقين لكنها تفيد غالب الظن الذى يقرب من اليقين ، ويمكن التمثيل لهذا القسم بظهور الحمل على امرأة ليست مزوجة ولا معتدة ، ووجود شخص سكران أو يتقايأ الخمر ، فإن مثل هذا ــ كما سبق تقريره ــ يفيد غالبا يقارب اليقين أن المرأة حملت من سفاح وأن السكران أو الذى يتقايأ الخمر قد شربها متعمدا .

وأرى أيضا أن المثال الذى ذكره الدكتور عبد العال عطوة وذكره قبله ابن الغرس من فقهاء الحنفية للقرينة التى تكون دلالتها قوية بحيث تصل إلى درجة اليقين ، وأعنى به صورة الرجل الذى خرج من دار مضطربا ، ملوثا ملابسه بالدماء يحمل سكينا ملوثة أيضا ... إلى آخره ، أرى أن هذه الصورة تصلح أن تكون مثالا هنا للقرينة التى تفيد غالب الظن الذى يقرب من اليقين ، وليس كما يرى الدكتور عبد العال عطوة وغيره أن دلالة القرينة هنا قوية تصل إلى درجة اليقين . فمن المحتمل أن يكون القتيل قد أراد قتل الذى خرج بهذه الهيئة

فأخذ السكين وأصاب نفسه عند الاشتباك بين الاثنين بالقوة الزائدة ، فأخذها الخارج وفر هاربا مذعورا من هول الحادث ولم يحس بحمله للسكين .

وهذا الاحتمال أثاره صاحب تكملة ابن عابدين مع احتمالات أخر ، رآها لا تشجع على القول بوجوب القصاص ، على الخارج من الدار بهذه الصفة ، قال صاحب تكملة ابن عابدين معقبا على هذه الصورة التى ذكرها ابن الغرس من الحنفية فى كتابه الفواكه البدرية : " والحق أن هذا محل تأمل ، ولا يظن أن فى مثل ذلك يجب عليه القصاص ، مع ان الإنسان قد يقتل نفسه ، وقد يقتله آخر ويفر ، وقد يكون أراد قتل الخارج فأخذ السكين وأصاب نفسه فأخذها الخارج ، وفر منه وخرج مذعورا ، وقد يكون اتفق دخوله فوجده مقتولا فخاف من ذلك وفر ، وقد تكون السكين بيد الداخل فأراد قتل الخارج ولم يتخلص منه إلا بالقتل فصار دفع الصائل [1] ، فلينظر التحقيق فى هذه المسألة " أ.هـ

كما يمكن أيضا التمثيل لهذا القسم يوجد بقعة من دم إنسانى ، من نفس فصيلة دم القتيل ، على ملابس صديق له ، كان يوجد معه فى وقت مقارب لوقت ارتكاب الجريمة ، أو وجود بصمة المتهم على السلاح المستعمل فى جريمة القتل .

ويرى بعض العلماء المعاصرين أن بصمة الأصابع تفيد اليقين ، فيعتمد عليها أكثر من الاعتماد على الشهود ، لأن شهادة الشهود تفيد غلبة الظن بما شهدوا به ، وأما البصمة فدلالتها يقينية لا تكذب [2].

---

(١) الصائل الشخص الذى يعتدى على نفس إنسان أو عرضه أو ماله ، ويجوز شرعا للإنسان المعتدى عليه أن يصد الصائل بأى وسيلة يمكنه ولو بالقتل بشرط استعمال الوسيلة الأخف ، ثم ينتقل إلى أشد ، فإن لم يمكنه إلا بالقتل قتله .

(٢) يرى هذا الرأى الشيخ طنطاوى جوهرى فى كتابه : الجواهر فى تفسير القرآن الحكيم ، جـ ١٩ ، ص ١٥٢ ، انظر : القرائن ودورها فى الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى للدكتور أنور دبور .ص ٢٠٨ .

ويمكن أن يقال إن الشهود يحكون ما حدث أمامهم ، فغالب الظن ــ لأنهم عدول ــ أن ما يشهدون به حدث ، أما بصمة الأصابع فلا تفيد إلا مجرد وجود صاحبها فى مكان البصمة ، ولا تفيد يقينا بحدوث الواقعة محل التهمة من صاحب البصمة ، لأن وجوده فى مكان الجريمة لا يستلزم أن يكون هو الذى ارتكبها ، فقد يكون حضر إلى هذا المكان لأمر آخر غير ارتكاب هذه الجريمة ، وقد يكون وجوده فى مكان الجريمة قبل وقوعها أو بعد وقوعها .

القسم الثالث : أن تكون القرينة تفيد مجرد الظن العادى ولم يوجد معه ما يقويه ، كما لم يوجد معه ما ينافيه ، إلا مجرد احتمالات قريبة الوقوع فى العادة ، وهذا القسم ذكره الدكتور عبد السميع إمام قسما رابعا عند تقسيمه للقرينة ، ومثاله وجود شخص يركب سيارة وقد وقف بجوار شخص قتيل أو مصاب بجروح ، فهذا يفيد ظنا بأن الذى يقف بسيارته بجوار الجريح أو القتيل هو الذى أصابه ، ولكن فى نفس الوقت يحتمل احتمالا غير بعيد أنه لم يصبه بسيارته .

كما يمكن التمثيل لهذا القسم أيضا بما لو وجدت إجابة الطالب فى أوراق الامتحان مطابقة تمام المطابقة لما هو مكتوب فى الكتاب المقرر دراسته ، فهذا يفيد ظنا ما بأن الطالب اعتمد على الغش فى الامتحان ، لأن مما جرت به العادة أن لا تكون إجابات الطلاب فى الامتحان مطابقة تمام المطابقة لما هو موجود فى الكتب ، وإنما يختلف تعبير الطلاب كثرة أو قلة عن تعبير الكتاب المقرر ، وكلما قويت حافظة الطالب كان تعبيره قريبا مما هو موجود فى الكتب ، ولكن فى نفس الوقت يحتمل احتمالا غير بعيد أن الطالب قد بلغ درجة قوية جدا فى ملكة الحفظ ، فساعد ذلك على أن تكون إجابته بهذه الصورة .

القسم الرابع : أن تكون دلالة القرينة تفيد ظنا ضعيفا ، كبكاء الشاكى، ووجود رجل وامرأة غريبة عنه فى مكان مظلم وحدهما ليلا ، لكن لم يشهد شهود بأنه حدث بينهما ما يوجب إقامة حد الزنا عليهما .

وهذا القسم هو القسم الثانى من القسمين اللذين قسم الدكتور عبد العال عطوة القرينة إليهما .

أقسام القرينة عند القانونيين :

قسم فقهاء القانون القرينة إلى قسمين :

١ ــ قرينة قضائية .

٢ ــ قرينة قانونية .

أما القرينة القضائية فهى منسوبة إلى القضاء ، ومعنى ذلك أنها من استنتاج القاضى ، وأما القرينة القانونية فهى منسوبة إلى القانون ، ومعنى ذلك أنها منصوص عليها فى القانون .

وقد عرفوا القرينة القضائية : بأنها ما يستنبطه القاضى من الأمارات والوقائع للدلالة على أمر مجهول .

فالقاضى هو الذى يستنبط القرينة لواقعة معلومة فى الدعوى التى تعرض عليه ، ويستدل بها على الواقعة التى يراد إقامة الدليل عليها .

ومثالها وجود سند الدين فى يد المدين ، فإن هذا يعد قرينة دالة على أنه قد وفى ما عليه من الدين ، وقلة الثمن الذى بيع به شئ من الأشياء المنقولة والظروف الأخرى التى تم فيها البيع ، يعد قرينة دالة على سوء نية المشترى وأنه كان يعلم بأن هذا الشئ المبيع ليس ملكا للبائع .

وأما القرينة القانونية : فهى ما يستنبط واضع القانون من واقعة معلومة يحددها للدلالة على أمر مجهول ينص عليه .

مثل القرينة التى نص عليها فى المادة ٥٨٧ من التقنين المدنى المصرى ، فقد اعتبر فى هذه المادة أن وفاء المستأجر بقسط من الأجرة فى عقد الإيجار قرينة دالة على أنه قد وفى الأقساط التى سبقت هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

وذلك لأن من المألوف بين الناس ، ومما تعارفوا عليه أن المؤجر لا يعطى المستأجر ما يفيد سداد القسط اللاحق إلا إذا كان المستأجر قد وفى الأقساط السابقة على هذا القسط .

ومثل التصرف القانونى الذى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، فإن المادة ٩١٦ ، اعتبرت هذا التصرف تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، أيا كانت التسمية التى أعطيت لهذا التصرف ، كأن كان هذا التصرف تحت اسم البيع مثلا .

فالقرينة القانونية ليست من استنباط القاضى كما هو الحال فى القرينة القضائية ، بل هى من عمل القانون ، وليس للقاضى سلطة فيها [(١)] .

هذا ، ويمكن القول بأن ما يسميه فقهاء القانون بالقرينة القانونية يقابله فى الفقه الإسلامى القرينة التى نص الشارع عليها ، مثل سكوت المرأة البكر إذا استأذنها وليها فى تزويجها فإن هذا السكوت يعد قرينة تفيد حصول الإذن منها فى تزويجها ، لقوله ﷺ : " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله ، وكيف إذنها ، قال : أن تسكت " . ووجود الفراش فإنه يعد قرينة تثبت نسب الولد من صاحبه لقول الرسول ﷺ : " الولد للفراش " .

---

(١) دروس فى أحكام الالتزام للدكتور فتحى عبد الرحيم عبد الله ، ص ٥٥٤ وما بعدها .

آراء الفقهاء في حجية القرائن :

اختلف الفقهاء فى القرينة هل تعد وسيلة من وسائل الإثبات أم لا ، على رأيين :

الرأى الأول : القرينة وسيلة إثبات ، وهذا ما يراه جمهور الفقهاء ، غير أنهم مختلفون فى بعض الصور هل تصلح أن تكون وسيلة إثبات أم لا .

ومن قال بحجية القرينة بعض الحنفية كالزيلعى ، وابن الغرس ، والطرابلسى ، وبعض المالكية كعبد المنعم بن الفرس ، وابن فرحون ، والمازرى ، وبعض الشافعية كالعز بن عبد السلام ، وابن أبى الدم ، وبعض فقهاء الحنابلة كابن القيم [1].

الرأى الثانى : القرينة لا تصلح وسيلة من وسائل الإثبات ، قال بهذا الرأى بعض الحنفية كالخير الرملى فى الفتاوى الخيرية ،

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، جـ ٣ ، ص ٢٢٩ ، والمجانى الزهرية ، لمحمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم ، على الفواكه البدرية ، لمحمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس ص ٨٢ ، ومعين الحكام للطرابلسى ص ١٦١ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلى المالك ، جـ ٢ ، ص ١١٣ ، وما بعدها ، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، جـ ٢ ، ص ١١٥ ــ ١١٦ ، وأدب القضاء لابن أبى الدم ، جـ ١ ، ص ١٨٧ ، والطرق الحكمية لابن القيم ، ص ٩ ، وما بعدها ، والشرح الصغير مع حاشية الصاوى ، جـ ٣ ، ص ٥٣٩ ، ومقارنة المذاهب للشيخين محمود شلتوت ، محمد على السايس ، ص ١٣٧ ، وما بعدها ، ومنهاج الطالب فى المقارنة بين المذاهب للدكتور عبد السميع إمام ، ص ٢٤٢ ، ومن طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون للدكتور أحمد عبد المنعم البهى رحمه الله تعالى ، ص ٧٥ ، ومحاضرات فى علم القاضى ، والقرائن وغيرهما للدكتور عبد العال عطوة ، ص ٣٢ ، ٤٤ ، والقرائن ودورها فى الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى للدكتور أنور محمود دبور ص ٢٥ .

والجصـــاص ، وصـــاحب تكملـــة رد المحتـــار ، وبعـــض المالكيـــة كالقرافى [1].

الاستدلال لكل رأى :

<u>أدلـــــة الجمهور :</u>

أولا : قول الله تبارك وتعالى فى سورة يوســف [2] : **﴿ وجـــاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمرا فصبر جميل والله المستعان على ما تصفون ﴾** ٠

وجه الاستدلال : أن أخوة يوسف أرادوا أن يجعلوا الـــدم علامـــة على صدقهم فى ادعائهم أن يوسف أكله الذئب ، لكن والدهـــم يعقـــوب عليه الصلاة والسلام استدل على كذبهم بعلامة تعارض ذلـــك ، وهـــى سلامة قميص يوسف من التخريق ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوســـف وهو لابس قميصه ويسلم القميص فلا يتخرق ٠

ثانيا : قول الله تبارك وتعالى : **﴿ وشهد شاهد من أهلها إن كـــان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين ، فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنـــه من كيدكُن إن كيدكن عظيم ﴾** [3].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ، جـ ٣ ، ص ١٧١ ، والفروق للقرافى مع إدرار الشـروق على أنواء الفروق لقاسم بن عبد الله الأنصارى ، جـــ ٤ ، ص ٦٥ ، ١١٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية للشيخ على قراعـــة ص ٢٧٥ ، والقرائن ودورها فـــى الإثبـــات للدكتـــور أنـــور محمـــود دبـــور ، ص ٢٨ ، ٢٩ ٠

(٢) سورة يوسف ، الآية رقم ١٨ ٠

(٣) سورة يوسف ، الآية رقم ٢٦ ٠

وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة : أنها أفادت الحكم بالأمارات ، لأنه توصل بقد القميص إلى معرفة الصادق منهما من الكاذب ، وما هذا إلا عمل بالأمارات وجعلها سببا للحكم ، وهذا دليل على أنه يجوز أن يعمل بالقرينة ، ويعتمد عليها فى الأحكام [1].

قال ابن القيم : ذكر الله شهادة الشاهد ولم ينكرها ، بل لم يعبه ، بل حكاها مقراً لها ٠

وقد يعترض على الاستدلال بهذه الآية الكريمة : بأن هذا فى شريعة أخرى غير شريعتنا فلا يلزمنا ٠

وقد أجيب عن هذا : بأن كل ما أنزله الله علينا فإنما أنزله لفائدة فيه ومنفعة ، وقال تعالى : ﴿ أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ﴾ [2] فآية يوسف صلاة الله عليه وسلامه مقتدى بها معمول عليها وقد اتفق العلماء على أن شرع من قبلنا يكون شرعا لنا إذا كان قد سيق بطريق يفيد استحسانه وعدم إنكاره ، فهو فى هذه الحالة يصبح من باب التقريرات ، والآية التى معنا من هذا القبيل [3].

هذا ، وقد اختلفت الروايات فى الشاهد الذى قال : ﴿ إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين ﴾ ، فروى أنه طفل تكلم فى المهد ، قال السهيلى : وهو الصحيح للحديث الوارد فيه عن النبى ﷺ ، وقال غيره: إنه رجل حكيم ذو عقل كان الوزير يستشيره فى أموره ، وكان من أهل المرأة ، قيل : إنه ابن عمها ، قال السدى : وهذا القول الثانى هو الصحيح ، وروى عن ابن عباس : أنه كان رجلا من خاصة الملك ٠

---

(١) من طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون للدكتور أحمد عبد المنعم البهى ص ٧٦ ٠

(٢) سورة الأنعام ، الآية رقم ٩ ٠

(٣) من طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون للدكتور أحمد عبد المنعم البهى ص ٨١ ٠

قال القرطبى : إذا تنزلنا على أن يكون الشاهد طفلا صغيرا فـلا يكون فيه دلالة على العمل بالأمارات ... ، وإذا كان رجلا فيصح أن يكون حجة بالعلامة فى اللقطة وكثير من المواضع " أ.هـ [1] .

وقد عقب ابن فرحون على ما قاله القرطبى قائلا : وفيما قاله القرطبى نظر ، لأنه وإن كان طفلا فالحجة قائمة منه بإذن الله تعالى ، أرشدنا على لسانه إلى التفطن والتيقظ ، والنظر إلى الأمارات والعلامات التى يعلم بها صدق المحق وبطلان قول المبطل ، ويكون ذلك أبلغ من الحجة من قول الكبير ، لأن قول الكبير اجتهاد ورأى منه ونطق الصغير من قبل الله تعالى " أ.هـ[2]

ثالثا : قول الله تبارك وتعالى : ﴿ **واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء** ﴾ [3].

وجه الدلالة : أن الرضا معنى يكون فى النفس ، وهذا فى الشهادة يكون نتيجة لما يظهر من أمارات ويقوم من دلائل تبين صدق الشاهد أمام الحاكم . قال ابن العربى : " قال علماؤنا : " هذا دليل على جواز الاجتهاد ، والاستدلال بالأمارات والعلامات على ما خفى من المعانى والأحكام [4].

---

(1) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ، محمد بن أحمد الأنصارى ، القرطبى ، جـ ٩ ، ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٧٣ ، ١٧٤ .

(2) تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، جـ ٢ ، ص ١١١ ــ ١١٣ .

(3) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢ .

(4) أحكام القرآن لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ، القسم الأول ص ٢٥٤ .

رابعا : ثبت من السنة الشريفة الحكم بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات .

من ذلك أنه ﷺ حكم اللوث [1] فى القسامة ، وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يمينا ، ويستحقوا دم القتيل فى حديث حُوَيِّصة ومُحيصة واللوث دليل على القتل .

قال بعض فقهاء المالكية : واللوث فى الحديث المذكور هو ما ذكر فيه من العداوة بينهم ، وأنه قتل فى بلدهم ، وليس فيها غير اليهود ، وقال المازرى من فقهائهم أيضا : إن القرائن تقوم مقام الشاهد ، فقد يكون قد قام من القرائن ما دل على أن اليهود قتلوه ، ولكن جهلوا عين القاتل ، ومثل هذا لا يبعد إثباته لوثا ، فلذلك جرى حكم القسامة فيه .

ومن السنة أيضا : ما ورد فى الحديث الصحيح فى قضية الأسرى من قريظة ، لما حكم فيهم سعد بأن تقتل المقاتلة وتسبى الذرية ، فكان بعضهم يدعى عدم البلوغ ، فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزرهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره ، وهذا من الحكم بالأمارات .

ومنها حكم رسول الله ﷺ ، وخلفائه من بعده بالقافة ، وجعلها دليلا على ثبوت النسب ، وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات . ومنها قوله ﷺ : " الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها ، وإذنها صماتها " . فجعل الرسول ﷺ سكوتها قرينة على رضاها ، وتجوز الشهادة عليها بأنها رضيت بناء على هذا السكوت ، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن [2].

---

(١) سبق بيان معنى اللوث فى ص

(٢) تبصرة الحكام ، لابن فرحون جـ ٢ ص ١١٣ ومابعدها .

ومنها : أن النبى ﷺ أمر الزبير أن يقرر عم حيى بن أخطب بالعذاب على إخراج المال الذى غيبه وادعى نفاده ، فقال له ﷺ "العهد قريب والمال أكثر من ذلك " . قال ابن القيم : فهاتان قرينتان فى غاية القوة : كثرة المال ، وقصر المدة التى ينفق كله فيها (1).

ومنها : ما وقع فى غزوة بدر لابنى عفراء لما تداعيا قتل أبى جهل ، فقال لهما رسول الله ﷺ : " هل مسحتما سيفيكما ؟ فقالا : لا ، فقال : أريانى سيفكما ، فلما نظر إليهما قال : هذا قتله ، وقضى له بسلَبه " فاعتمد الرسول ﷺ على الأثر الموجود فى السيف ، ومعنى السلب : الأشياء التى تكون مع القتيل ، من السلاح ، أو الآلات ، أو الثياب ، أو النقود ، أو الخيل ، وغير ذلك .

أدلة القائلين بعدم الحكم بالقرائن :

استدل القائلون بأن القرائن لا تصلح أن تكون وسيلة للإثبات بعدة أدلة ، نذكر منها ما يأتى :

أولا : ما رواه ابن ماجه عن ابن عباس ـ رضى الله تعالى عنهما ـ أنه قال : قال رسول الله ﷺ : " لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة فى منطقها وهيئتها ، ومن يدخل عليها " (2) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن القرائن لو كانت وسيلة للإثبات لأقام النبى ﷺ عقوبة الزنا على هذه المرأة ، التى ظهرت قرائن من جانبها عند رسول الله ﷺ تفيد وقوع الزنا منها ، لكن الرسول عليه

---

(1) الطرق الحكمية ، ص ٩ .

(2) نيل الأوطار ، جـ ٨ ، ص ٣٠٥ ، شركة الطباعة الفنية المتحدة .

الصلاة والسلام لم يقم عقوبة الزنا عليها مع وجود القرائن ، فدل هـــذا على عدم الحكم بالقرائن .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الدليل : بأن الرسول ﷺ لم يقم عقوبة الزنا علـــى المرأة لضعف القرائن والأمارات التى ظهرت منها ، فهى ليست قويـــة الدلالة كالحمل مثلا حتى يحكم عليها بحد الزنا ، وضعف القرائن يـــدرأ الحدود ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما هو القاعدة الشرعية الثابتة [١].

ثانيا : القرائن ليست مطردة فى دلالتها وغير منضبطـــة ، لأنـــها تختلف قوة وضعفا ، فلا تصلح لبناء الحكم عليها ، على أن القرائن قـــد تبدو قوية ثم يعتريها الضعف [٢].

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الدليل : بأن القائلين بأن القرائن وسيلة من وســـائل الإثبات اشترطوا أن تكون القرائن قوية لا يشك فى قوتها ولا يمترى فى دلالتها ، ومن السهل على الحكام وغيرهم أن يصلوا إليـــها ، ويقفـــوا عليها ، ومن هذا النوع قرائن تبلغ درجة من القوة بحيث تفـــوق فـــى دلالتها دلالة الشهادة وغيرها من طرق الإثبات الأخرى ، وذلك كما لـــو ادعى على رجل أنه ارتكب جريمة الزنا ، فبان أنه مجبوب ، أو ادعـــى على امرأة أنها ارتكبت جريمة الزنا فتبين أنها بكر .

أما القول بأن القرائن قد تبدو قوية ثم يعتريها الضعف فالجواب أن ما يعترى القرائن من احتمال الضعف قد يعترى غيرها مـــن وســـائل

---

(١) محاضرات فى علم القاضى ــ القرائن ، وغيرها لأستاذنا الدكتورعبدالعال عطـــوة ، ص ٤٢ .

(٢) مقارنة المذاهب للشيخين محمود شلتوت والسايس ، ص١٤٠ .

الإثبات ، فقد يقر إنسان بالسرقة ثم نتبين بعد ذلك أن إقراره لم يكن اختيارا ، وإنما كان تحت تأثير التعذيب ، ولم يكن سارقا في الواقع ، أو يكون الإقرار قد حدث بدون إكراه لكنه كان لسبب آخر دفعه إلى هذا الإقرار الكاذب ، وقد يبدو للقاضي أن الشهود صادقون في شهادتهم ، ثم يتبين بعد ذلك أنهم شهود زور ٠

فإذا كانت وسائل الإثبات يتوجه إليها هذا الضعف المحتمل ولا يكون ذلك قادحا في صلاحيتها للإثبات فكذلك القرائن ، ولا معنى لتوجيه هذا للقرائن بخصوصها ٠

وأيضا فإن العبرة في هذا حين القضاء ، فإذا ظهر وقت القضاء إفادة وسيلة من وسائل الإثبات الغرض المقصود وجب على القاضي أن يقضي بها ، وليس مطلوبا من القاضي أن ينظر إلى ما يمكن أن يطرأ في المستقبل ، والقرائن وسيلة مثل سائر الوسائل في هذا المعنى [1].

ثالثا : أن القرآن والسنة قد ذما اتباع الظن ، والقضاء بالقرائن ليس قائما إلا على الظن ، قال الله تبارك وتعالى : **﴿ إن يتبعون إلا الظن وما تهوى الأنفس ﴾** [2] ، وقال تبارك وتعالى : **﴿ وإن الظن لا يغني من الحق شيئا ﴾** [3] ، وقال عز وجل : **﴿ وما لهم به من علم إلا اتباع الظن ﴾** [4] ٠

---

(١) محاضرات في علم القاضي ـ القرائن للدكتور عبد العال عطوة ، ص ٤٣ ٠
(٢) سورة النجم ، الآية رقم ٢٣ ٠
(٣) سورة النجم ، الآية رقم ٢٨ ٠
(٤) سورة النساء ، الآية رقم ١٥٧ ٠

وروى مسلم ، وأبو داود عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : " إياكم والظن ، فإن الظن أكذب الحديث " (١).

ويمكن صياغة الدليل على شكل قياس من الشكل الأول فنقـــول : القرينة تفيد الظن ، والظن مذموم شرعا ، فالنتيجة أن القرينة مذمومـــة شرعا ، وما دامت مذمومة لا يصح أن تكون وسيلة إثبات ٠

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن الظن الذى لا يعد دليلا ــ وهو الظن الذى نهت عنه النصوص الشرعية ــ هو الظن فى العقائد ، لأن العقيدة لا تثبـــت

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ١٦ ، ص ١١٨ ، وسنن أبى داود ، جـــ ٥ ، ص ٢١٧ ، ومعنى الظن المنهى عنه : هو ما خطر بالنفس من التجويز المحتمـــل للصحة والبطلان ، فيحكم به ويعتمد عليه ٠

وقد قسم الزمخشرى الظن إلى أربعة أقسام : واجب ، وحرام ، ومندوب ، ومبـــاح ، فالواجب حسن الظن بالله تبارك وتعالى ، والحرام سوء الظن به عز وجل ، ومنـــه أيضا سوء الظن بالمسلم الذى ظاهره العدالة ، وهو المراد بقولـــه ﷺ : " إيـــاكم والظن " ، والمندوب حسن الظن بالمسلم الذى ظاهره العدالة ، والمباح سوء الظـــن بمن اشتهر بين الناس بمخالطة الريب والمجاهرة بالخبائث ، فلا يحرم سوء الظـــن به ، لأنه قد دل على نفسه ، ومن ستر على نفسه لم يظن به إلا خيرا ، ومن دخـــل فى مداخل السوء اتهم ، ومن هتك نفسه ظننا به السوء ، والضـــابط الـــذى يميـــز الظنون التى يجب اجتنابها عما سواها هو أن كل ما لا تعرف له أمـــارة صحيحـــة وسبب ظاهر كان حراما واجب الاجتناب ، وذلك إذا كان المظنون به ممن شـــوهد منه الستر والصلاح ، وممن عرفت منه الأمانة فى الظاهر ، فإذا ظننا به الفســـاد والخيانة فهذا من الظن المحرم ، بخلاف من اشتهر بين الناس بتعـــاطى الريـــب ، وسمى الظن حديثا لأنه حديث النفس ٠

قال الصنعانى : " وإنما كان الظن أكذب الحديث لأن الكذب مخالفة الواقع من غـــير استناد إلى أمارة ، وقبحه ظاهر لا يحتاج إلى إظهاره ، وأما الظن فيزعم صاحبـــه أنه استند إلى شئ فيخفى على السامع كونه كاذبا بحسب الغـــالب ، فكـــان أكـــذب الحديث " سبل السلام للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ١٨٩ ، ١٩٠ ٠

بالظن باتفاق العلماء . يقول سلطان العلماء العز بن عبد السلام : " إنما ذم الله العمل بالظن من كل موضع يشترط فيه العلم أو الاعتقاد الجازم كمعرفة الإله ومعرفة صفاته " (١) أو الظن السيئ الذى يقوم الشخص بتحقيقه ، أو هو الشك الذى يعرض للمرء فيحققه ويحكم به ، مثل أن يظن بإنسان أنه زنى ، أو سرق ، أو قطع الطريق أو قتل نفسا ، أو أخذ مالا ، أو ثلب عرضا فأراد أن يؤاخذه بذلك من غير حجة شرعية يستند إليها ظنه ، وأراد أن يشهد عليه بذلك على ظنه المذكور ، فهذا ممنوع فى الشرع ، أما فى غير ذلك فالإجماع على العمل بالظن ، فإن تكاليف الشرع فيما عدا العقائد مبنية على الظن " (٢) .

الرأى الراجح :

من الاستدلالات لكل فريق من الفريقين ، والمناقشات التى وردت على الأدلة ، يمكن بغالب الظن القول بأن رأى جمهور العلماء هو الأولى بالترجيح ، لسلامة الأدلة التى اعتمد عليها هذا الرأى ، ولضعف ما استند إليه القائلون بعدم حجية القرائن .

ومن الغريب أن الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم الأخذ بالقرينة ، وجدناهم قد عملوا بالقرينة وخالفوا مذهبهم فى منع العمل بها ، فقد أوجبوا على القاضى أن يقضى بنكول المدعى عليه عن اليمين ، مع أن القضاء بالنكول عن اليمين ليس إلا رجوعا إلى القرينة الظاهرة عندهم التى دلت على كذب الناكل عن اليمين ، وقدموا العمل بهذه القرينة على أصل براءة الذمة .

---

(١) قواعد الأحكام ، للعز بن عبد السلام ، جـ ٢ ، ص ٥٢ .

(٢) محاضرات فى علم القاضى ، مصدر سابق ، ص ٤٢ – ٤٤ ، ومن طرق الإثبات للدكتور أحمد البهى ، ص ٨٣ .

بل إن بعضهم ذهب إلى أبعد من هذا ، فبنى أحكاما مختلفة على قرائن أخرى ، فالخير الرملي أحد فقهاء الحنفية المانعين للعمل بالقرائن والذى أنكر على ابن الغرس ذكره للقرينة بين وسائل الإثبات قائلا : " لا شك أن ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة ، فلا ينبغى التعويل عليه " هذا الفقيه المانع للأخذ بالقرائن سئل عن مسألة فبنى الحكم فيها على القرينة .

فقد جاء فى " الفتاوى الخيرية " سئل : رجل تلقى بيتا عن والده ، وتصرف فيه ما كان يتصرف أبوه من غير منازع ولا مدافع مدة تنيف على الخمسين سنة ، وبرز جماعة يدعون أن البيت لجدهم الأعلى ، فهل تقبل دعواهم مع اطلاعهم على التصرف المذكور ، واطلاع آبائهم وعدم قيام مانع يمنعهم من الدعوى ؟ .

أجاب : لا تسمع هذه الدعوى ، فقد جاء فى الفتاوى الولوالجى رجل تصرف زمانا فى أرض ، ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ، ولم يدع ومات على ذلك ، لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده ، وتترك للمتصرف ، لأن شاهد الحال لهم ، هذا مع ما فى سماعها من فتح باب التزوير والتلبيس " ، فهنا نجد الخير الرملى يمنع سماع الدعوى فى هذه المسألة التى سئل عنها مستندا إلى فتوى الولوالجى بعدم السماع بناء على القرينة (١) .

وإذا رجحنا رأى الجمهور فهو بالشروط التى بينها العلماء ، وسنتكلم عنها فيما سيأتى عقب هذا ، وفى غير الحدود والقصاص كما سيبين رجحان القائلين بذلك ، وأما فى القصاص ، والحدود فسنبين رأينا فيهما فيما سيأتى بمشيئة الله تعالى .

---

(١) من طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون ، لأستاذنا الدكتور أحمد عبد المنعم البهى ، رحمه الله ص ٨٥ ، ٨٦ .

ما يشترط للعمل بالقرينة :

يشترط العلماء القائلون بأن القرينة وسيلة من وسائل الإثبات شرطين فى العمل بها :

الشرط الأول : أن تكون القرينة قطعية فى دلالتها ، ويريد العلماء أن تكون قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين ، وذلك لأن العلم القطعى يستعمله العلماء فى معنيين :

أحدهما : العلم الذى لا يوجد معه احتمال نقيضه أصلا ، كالعلم الذى نستفيده من النصوص المحكمة ، والمتواترة [1].

المعنى الثانى : العلم الذى يوجد معه احتمال نقيضه احتمالا غير ناشئ عن دليل ، مثل العلم المستفاد من الظاهر والنص [2]، والخبر

---

(1) المحكم هو : اللفظ الذى وضحت دلالته على الحكم ، ولم يحتمل تأويلا ، ولا تخصيصا ولا نسخا ، وذلك مثل النصوص التى تدل على أحكام أساسية هى من قواعد الدين ، كالإيمان بالله تعالى وحده ، وبملائكته وكتبه ، ورسله واليوم الآخر ، أو كان نصا دل على حكم شئ هو من أمهات الفضائل كالعدل ، والوفاء بالعهد ، أو دل على حكم جزئى ورد التصريح بتأبيده ودوامه ، مثل قول الله عز وجل : ﴿ وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ، ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا ﴾ . أصول الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور زكى الدين شعبان ، ص ٣٥٥ .

(2) الظاهر هو : اللفظ الذى يدل على معناه دلالة واضحة ، بحيث لا يتوقف فهم المراد منه على قرينة خارجية ، مع احتمال التأويل والتخصيص ، ولم يكن الحكم المستفاد منه هو المقصود الأصلى من سوق الكلام ، مثاله قول الله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فإن كلمة : ﴿ أحل ﴾ تدل دلالة واضحة على أن البيع حلال ، وكلمة : ﴿ حرم ﴾ تدل دلالة واضحة على أن الربا حرام ، ولا يحتاج كل من هذين اللفظين فى دلالته إلى قرينة خارجية ، وكل منهما ليس مقصودا بالأصالة من سوق الآية ، وإنما المقصود الأصلى منها بيان الفرق بين البيع والربا ، لأن الآية نزلت ترد على الذين قالوا بالتساوى بينهما فقالوا : ﴿ إنما البيع مثل الربا ﴾ فاختلاف الحكمين فيهما [illegible] بينهما =

المشهور [1] ، والأول يسميه العلماء علم اليقين ، والثانى يسمى علم الطمأنينة ، ويريد العلماء بالقطع فى القرينة القطع بالمعنى الثانى ، لأن

== وأما النص فهو : اللفظ الذى يدل على معناه دلالة واضحة ، مع احتمال التأويل والتخصيص ، وكان الحكم المستفاد منه هو المقصود الأصلى من سوق الكلام ، ومثاله قول الله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فإنه يدل دلالة واضحة على التفرقة بين البيع والربا مع احتمال التأويل والتخصيص ، وهذا الحكم هو المقصود الأصلى من هذا النص .

أصول الفقه الإسلامى للأستاذ زكى الدين شعبان ، ص ٣٥١ ـ ٣٥٣ .

(١) جمهور العلماء يقسمون الحديث إلى قسمين : متواتر وآحاد ، فالمتواتر هو ما روى من طريق يستحيل بحسب العادة أن يتفق رواته على الكذب على رسول الله ﷺ ، ولا يشترط عدد معين لرواته عند جمهور العلماء وإنما يكفى أن يبلغ رواته عددا يقع معه اليقين ، وبعض العلماء يشترط عددا معينا . وقد اختلف هؤلاء فى العدد فيرى البعض : أن لا يقل رواته عن خمسة ، والبعض يرى : أنهم لا يقلون عن اثنى عشر ومنهم من قال : لا يقلون عن أربعين ، ومنهم من عين الرواة بسبعين ، ومنهم من قال بثلثمائة وبضعة عشر ، وكل هذه الأعداد لا تستند إلى دليل قوى ، ومثال الحديث المتواتر : " إن كذبا على ليس ككذب على أحد ، فمن كذب على متعمدا فليتبوأ مقعده من النار " . وأما الحديث الآحاد فهو : ما روى بطريق لا تحيل العادة توافق رواته على الكذب على رسول الله ﷺ ، وحديث الآحاد هو غالب الأحاديث عن رسول الله ﷺ ، وبين العلماء أن الحديث المتواتر يفيد الثبوت يقينا ، وأما حديث الآحاد فيفيد الثبوت بغالب الظن ، قال التفتازانى : " والعقل شاهد بأن خبر الواحد العدل لا يوجب اليقين ، وأن احتمال الكذب فيه قائم وإن كان مرجوحا " . وقال الشاشى : " حكم خبر الواحد أنه يوجب العمل به ، ولا يوجب العلم ، لا علم اليقين ، ولا علم الطمأنينة " ويقول أبو بكر السرخسى : " إن أصل البدع والأهواء إنما ظهر من قبل ترك عرض أخبار الآحاد على الكتاب والسنة ، فإن قوما جعلوها أصلا مع الشبهة فى اتصالها برسول الله ﷺ ، ومع أنها لا توجب علم اليقين ، ثم تأولوا عليها الكتاب والسنة المشهورة ، فجعلوا التبع متبوعا ، وجعلوا الأساس ما هو غير متيقن به ، فوقعوا فى الأهواء ، والبدع " ، وقال عبد القاهر البغدادى : " أخبار الآحاد متى صح إسنادها وكانت متونها غير مستحيلة فى العقل كانت موجبة للعمل دون العلم " .

هذا هو تقسيم الحديث عند جمهور العلماء ، وأما الحنفية فزادوا قسما ثالثا جعلوه وسطا بين المتواتر والآحاد ، وسموه مشهورا وهو أقوى من حديث الآحاد==

القطع على المعنى الأول لا يتحقق فى باب القرائن ، فالقطع فى القرينة عند العلماء شامل للظن الغالب ، لأن وسائل الإثبات مهما كانت قوتها فإن دلالتها لا تخلو من ظن .

مثال للقرينة القاطعة فى دلالتها :

ومثال للقرينة القاطعة فى دلالتها ظهور حمل امرأة ليست مزوجة ولا معتدة ، وظهور السكر من شخص ، أو وجد يقيئ الخمر ، ومثل ابن الغرس من الحنفية فى كتابه الفواكه البدرية بالمثال الذى تكرر ذكره والذى نقله العلماء عنه ، وهو خروج رجل من دار مضطربا خائفا يحمل فى يده سكينا ملوثة بالدماء، وملابسه كذلك ملوثة بالدماء ، فدخل الناس فور خروجه ، فوجدوا فى الدار رجلا مذبوحا مضرجا فى دمائه .

وذكر الدكتور عبد العال عطوة ، مثالا لذلك أيضا قول النبى ﷺ لعم حيى بن أخطب عندما ادعى نفاد المال : " العهد قريب والمال أكثر من ذلك " . فكثرة المال وقصر الفترة الزمنية التى من المحتمل أن لا يكون المال قد أنفق فيها كله ، هما قرينتان فى غاية القوة على أن المال

==فى الثبوت وأقل من المتواتر . وعرفه بعضهم بأنه : الحديث الذى يروى عن النبى ﷺ بطريق الآحاد ، واشتهر فى عصر التابعين أو تابعى التابعين .
وقال علماء الحنفية : الثابت بالحديث المشهور علم طمأنينة لا علم اليقين ، لأن فيه شبهة توهم الكذب عادة بلعتبار رواية الأصل ، لأنه أحاد ، وقول الحنفية إن الحديث المشهور يفيد علم طمأنينة معناه : أنه يفيد ظنا قويا أقوى مما يفيده الحديث الآحادى ، ولا مانع من أن العلم قد يطلق ويراد به الظن ، كما فى قول الله تبارك وتعالى فى شأن النساء المؤمنات اللاتى يهاجرن إلينا : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ﴾ سورة الممتحنة الآية رقم ١٠ ، أى ظننتموهن مؤمنات .
الشهاوى فى مصطلح الحديث ، للدكتور إبراهيم الشهاوى ، ص ٩ ، وأصول السرخسى جـ ١ ، ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، دار المعرفة للطباعة ببيروت ، وشرح التلويح على التوضيح للتفتازانى ، دار الكتب العلمية ببيروت ، جـ ٢ ، ص ٤ ، وأصول الشاشى ، ص ٢٧٤ ، دار الكتاب العربى ببيروت ، وأصول الدين للبغدادى ـــ ص ١٢ ، دار الكتب العلمية ببيروت .

الذى ادعى نفاده عم حيى بن أخطب لا زال موجودا ، ولذلك أمر الرسول ﷺ الزبير بن العوام أن يمسه بعذاب ، وكان نتيجة ذلك أن أرشد إلى المال وأخرجه من مخبئه •

الشرط الثانى : أن لا يعارض القرينة قرينة أخرى ، أو دليل آخر فإن عارضها شئ من هذا فلا تصلح أن تكون وسيلة للإثبات •

ومثال هذا : قرينة الدم على قميص يوسف ، الذى جاء به أخوته يدعون أن الذئب قد أكله ، وأن هذا أثر دمه على قميصه ، فإن هذا يعد بحسب الظاهر قرينة قوية على قتل الذئب ليوسف ، ولكن لما وجد يعقوب ﷺ قميصه سليما لم يتخرق استدل بهذا على كذب أخوة يوسف فإنه لو كان حقا ما يقولون لمزق الذئب قميصه ، فهذا دليل على أن يوسف لم يقتله الذئب •

ومثاله أيضا ما لو وجد سند الدين عند المدين ، فهذا يعد قرينة على أن المدين سدد الدين الذى كان عليه ، لكن لو أقام الدائن البينة على أن المدين قد أخذ السند منه غصبا ، أو سرقة ، فإن هذه القرينة أصبحت دلالتها كاذبة ، لأنه وجد دليل يعارضها ولهذا لا يحكم القاضى ببراءة ذمة المدين [1] •

مجال القضاء بالقرائن :

هل القرائن عند من يقول بها تصلح أن تكون وسيلة إثبات فى الحدود والقصاص أيضا بجانب كونها عندهم وسيلة من وسائل الإثبات فى غير ذلك من العقود المالية وغيرها ، فلو وجدت امرأة حامل ليس لها زوج هل يقام عليها حد الزنا أم لا ؟ وإذا وجد شخص تفوح من فمه رائحة الخمر ، أو وجد يقيؤها هل يقام عليه حد شرب الخمر ؟ وإذا وجد المال المسروق فى بيت المتهم بالسرقة هل يقام عليه حد السرقة ؟ وهل إذا وجدت قرينة على القتل العمد كبقعة دم من فصيلة دم القتيل على ملابس المتهم هل يجب القصاص من هذا المتهم ؟ •

---

(١) محاضرات فى علم القاضى : القرائن ، وغيرها ، مصدر سابق ص ٢٩ – ٣١ ، ومن طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون ، لأستاذنا الدكتور أحمد عبد المنعم البهى رحمه الله تعالى ، ص ٧٣ ، ٧٤ •

وقد ذكرنا سابقا أن العلماء والأطباء يؤكدون أن فصيلة دم الطفل تتأثر بنوع فصيلة دم الأب والأم ، وعلى هذا لو ثبت معمليا ــ مثلا ــ أن دم كل من الزوج والزوجة من فصيلة (أ) ودم الطفل من فصيلة (ب) فالأطباء يقطعون بعدم ثبوت نسب هذا الطفل من هذا الزوج ، لكن هل يعد هذا وسيلة إثبات لجريمة الزنا على الزوجة ، فيحكم عليها بحد الزنا بناء على هذا الفحص ، وإذا ثبت معمليا من فحص دم المتهم بشرب الخمر أنه تناولها ، فهل يحق للقاضى بناء على نتيجة الفحص أن يحكم عليه بعقوبة الشرب ؟ وإذا وجدت بصمات المتهم بالسرقة على بعض الأشياء فى المحل المسروق ، أو وجدت الأشياء المسروقة بحوزته وأنكر سرقتها ، فهل يجوز الحكم بقطع يده بناء على هذه القرينة ؟ وإذا ثبت بالتسجيل الصوتى أن المتهم قد طعن المدعى فى عرضه ، فرماه بجريمة الزنا ، فهل يكون هذا التسجيل الصوتى وسيلة إثبات لجريمة القذف يحق للقاضى بناء عليها أن يحكم على صاحب الصوت بحد القذف إن لم يستطع أن يقيم البينة على اتهامه [1] ، وبعبارة عامة هل يجوز العمل بالقرائن فى جرائم الحدود والقصاص ؟ هذا موضع خلاف بين العلماء وسنحكى خلافهم أولا فى القرينة فى الحدود ثم نتبع ذلك بالكلام عن خلافهم فى القرينة فى القصاص :

آراء الفقهاء فى العمل بالقرينة فى الحدود [2]:

اختلف الفقهاء فى هذا على رأيين :

الرأى الأول : يرى المالكية اعتبار القرائن فى الحدود [3] ،

---

(١) إذا كان المتهم بجريمة القذف زوجا ورمى زوجته بالزنا ، فمن الممكن درء الحد عنه إذ لاعن زوجته ، وإذا لم يكن زوجا فلابد أن يشهد أربعة شهود على أن جريمة الزنا وقعت ، وإلا عوقب بعقوبة القذف .

(٢) الحدود جمع حد ، والحد هو العقوبة المقدرة التى وجبت حقا لله تعالى ، ومعنى أنها وجبت حقا لله تعالى أنه لا يجوز إسقاطها ، كعقوبة قطع يد السارق ، وجلد شارب الخمر ، وجلد الزانى أو رجمه .

(٣) قال المالكية : عن المرأة إذا ظهر بها حمل ولم يعرف لها زوج ، او كانت أمة (أى جارية) وكان سيدها منكرا لوطئها فإنه تعاقب عقوبة الزنا ، ولا يقبل دعواها على ذلك بلا قرينة تشهد لها بذلك ، ولا دعواها أن هذا الحمل سببه وجود منى فى الحمام ، ولا من إتصال جنى بها ، إلا القرينة مثل كونها عذراء ، وهى من أهل العفة . وقال مالك فى الموطأ : الأمر عندنا فى المرأة توجد حاملا ولا زوج لها ، فتقول : قد استكرهت ، أو تقول : تزوجت ، أن ذلك لا يقبل منها وأنها يقام عليها الحد ، إلا أن يكون لها على ما ادعت من النكاح بينة ، أو على أنها استكرهت . وصرح المالكية بأنه إذا شهد عدلان أنهما شما رائحة الخمر من إنسان يجب إقامة حد الشرب عليه ، وكذلك لو شهدا بأنه تقايأها .

موطأ مالك وشرحه تنوير الحوالك للسيوطى ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ، جـ ٤ ، ص ٣٠٩ ، والشرح الصغير ، جـ ٤ ، ص ٥٠١ ، ٥٠٢ .

ويوافقهم على هذا الرأى ابن القيم الحنبلى المشهور [1] وروى الحنابلة رواية عن أحمد تقول بوجوب الحد بوجود رائحة الخمر من فم شخص ومع أنهم ذكروا رواية عن أحمد تقول أنه لا يحد بالسكر أو بتقايؤ الخمر ، لاحتمال أن يكون مكرها ، أو لم يعلم أنها تسكر ، إلا أن ابن قدامة قال : " ورواية أبى طالب عنه (أى عن أحمد) فى الحد بالرائحة تدل على وجوب الحد ههنا بطريق الأولى • لأن ذلك لا يكون إلا بعد شربها ، فأشبه ما لو قامت البينة عليه بشربها [2].

الرأى الثانى : يرى الحنفية ، والشافعية ، وفقهاء الحنابلة عدم اعتبار القرائن وسائل إثبات فى الحدود [3].

أدلة القائلين بالاعتماد على القرائن فى الحدود :

استدل القائلون بأن القرينة وسيلة إثبات فى الحدود بأدلة نذكر منها :

الدليل الأول : ما روى عن ابن عباس قال : قال عمربن الخطاب : كان فيما أنزل الله آية الرجم ، فقرأناها وعقلناها ووعيناها ، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده ، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل : والله ما نجد الرجم فى كتاب الله تعالى ، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى ، والرجم فى كتاب الله حق [4] على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة ، أو كان الحبل ، أو الاعتراف • رواه الجماعة إلا النسائى [5].

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الدليل : بأن هذا قول عمر ، وأقوال الصحابة مختلف فيها هل تصلح أن تكون حجة أم لا ، فلا يؤخذ بقول عمر فى إثبات مثل هذا الأمر العظيم الذى يقضى إلى هلاك النفوس ، وكون عمر قال هذا بمجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد لا يستلزم أن يكون إجماعا ، لأن الإنكار فى المسائل المجتهد فيها —

---

(١) الطرق الحكمية ، ص ٦ •

(٢) المغنى ، جـ ٨ ، ص ٣٠٩ •

(٣) مغنى المحتاج ، جـ ٤ ، ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، حيث حصر الشافعية وسائل إثبات جريمة الزنا فى البينة والإقرار ، وص ١٩٠ ، حيث صرحوا بأنه لا يحد بريح الخمر ، والسكر ، والقئ ، وإنما يحد بالإقرار أو الشهادة ، وانظر المغنى ، جـ ٨، ص ١٩١ ، ص ٣٠٩ ، وفتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٢١٣ ، وص ٣٠٨ ، ونيل الأوطار ، جـ ٦ ، ص ١٦٠ •

(٤) أى فى قوله تعالى : ﴿ أو يجعل الله لهن سبيلا ﴾ فقد بين الرسول ﷺ أن المراد برجم المحصن (المتزوج) وجلد غير المحصن •

(٥) صحيح البخارى ، جـ ٨ ، ص ٢٠٨ ، وصحيح مسلم ، جـ ٤ ، ص ٢٦٧ ، ونيل الأوطار ، جـ ٨ ، ص ٣٠٧ ، وسبل السلام ، للصنعانى ، جـ ٤ ، ص ٨ •

التى تختلف فيها الآراء ــ غير لازم للمخالف ، ولا سيما إذا كــان القــائل بذلــك عمر، وهو بمنزلة من المهابة فى صدور الصحابة وغيرهم (١).

هذا ما أجاب به الذين يرون عدم جواز العمل بالقرائن على حديــث عمــر : كان فيما أنزل الله آية الرجم ، فقرأناها ، وعقلناها ، ووعيناها " الحديث .

ونقول : هذا الحديث يتصل بمسألة علمية من أهم المسائل العلميــة ، وهــى نسخ التلاوة دون الحكم .

والنسخ معناه فى عرف علماء الشريعة هو : رفع حكم شــرعى بمثلــه مــع تراخيه عنه ، ومثاله أن استقبال بيت المقدس كان أحد شروط صحة الصــلاة فــى بداية الإسلام ، ثم نسخ هذا الحكم بعد ستة عشر شهرا مــن هجــرة النبــى ﷺ ، وصار الحكم هو استقبال الكعبة فى الصلاة وهو المبين فى قول الله ﷻ : ﴿ فــول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره ﴾ (٢).

ومع أن فريقاً من العلماء وهم الجمهور منهم يرون جواز نسخ لفــظ الآيــة القرآنية دون نسخ معناها ، أى أن حكمها لا زال باقيا مع أن لفظها قد رفــع مــن القرآن ، فإن فريقاً آخر من العلماء ينكرون هذا النوع من النسخ كما حكى أبو بكـو الباقلانى فى كتاب الانتصار ، واعتمدوا فى هذا الرأى علــى أن الأخبــار التــى وردت فى هذا النوع هى أخبار آحاد ، ولا يجوز أن نقطع بإنزال قرآن أو نســخه بأخبار آحاد ، ومع كونها آحادية فإنها مقسمة بالضعف

ورجح الشيخ الغمارى هذا الـرأى وبين أن من الأسباب التى اقتضت امتناع نسخ التلاوة ما يأتى :

١ ـ أنه يستلزم البداء ، وهو ظهور المصلحة فى حذف الآية بعد خفائها ، وهـو فى حق الله تبارك وتعالى محال .

وما أبداه بعض الذين يرون جوازه من حكمة هو مجرد تمحل وتكلف لا يدفع المحال .

---

(١) نيل الأوطار ، جـ ٨ ، ص ٣٠٧ .

(٢) العلماء يقسمون النسخ إلى ثلاثة أقسام :

١ ـ نسخ معنى الآية دون لفظها ، أى نسخ الحكم الذى دلت عليه الآية ، مع بقـاء لفظـها فى القرآن الكريم ، مثل المتوفى عنها زوجها كـانت عدتـها سنة فى بدايـة الإسـلام ، وهو ما يدل عليه قول الله تبارك وتعالى : ﴿ والذين يتوفـون منكم ويـذرون أزواجـا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج ﴾ ثم نسخ الحكم وبقى لفظ الآيـة ، وكـان النسـخ بقـول الله ﷻ : ﴿ والذيـن يتوفـون منكـم ويـذرون أزواجـا يـتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ .

٢ ـ نسخ لفظ الآية ومعناها ، ومعنى أنها نسخت لفظا أنها أصبحت لا تعد من القرآن الكريم ، ويحرم أن تقرأ بوصفها من القرآن .

٣ ـ نسخ لفظ الآية وبقاء معناهـا ، أى أن الآيـة أصبحت لا تعد من القرآن الكريـم ، ويحرم أن تقرأ بوصفها جزءا من القرآن ، لكن معناها لم ينسخ ، أى أن الحكم الـذى أفادته الآية لا زال باقيا ، فلم ينسخ كلفظها .

٢ ـ أن تغيير اللفظ بغيره ، أو حذفه كله ، إنما هو أمر يناسب البشر ، لنقصان علمهم ، وعدم إحاطتهم ، وهذا لا يليق بذات الله تبارك وتعالى الذى يعلم السر وأخفى .

٣ ـ أن الكلمات التى قيل إنها كانت قرآنا ونسخ لفظها ، لا نجد فيها أسلوب القرآن ، ولا طلاوته ، ولا جرس لفظه .

٤ ـ أن من هذا النوع الذى أجازوه ما يخالف أسلوب القرآن ، قال الله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ والعلماء يقولون إن الحكمة فى تقديم لفظ الزانية على الزانى فى الآية هى الإشارة إلى أن الزنا أشد قبحا من المرأة ، ولأن الزنا من النساء كان فاشيا عند العرب فى جاهليتهم ، لكن إذا قرأت الشيخ والشيخة إذا زنيا ، فارجموهما ألبتة ، وهى الآية التى قالوا إنها نسخت لفظا وجدت أن الزانى مقدم على الزانية فى الذكر ، وهذا يقتضى أن تقديم أحدهما كان مجرد مصادفة وليس لحكمة اقتضت ذلك .

وهذا لا يجوز ، لأن من المقرر المعلوم أن ألفاظ القرآن الكريم موضوعة وضعا حكيما ، بحيث لو قدم أحدها أو أخر عن موضعه لاختل نظام الآية .

٥ ـ أن تلك الجمل التى قيل إنها كانت من القرآن جاءت مقتطعة ، لا يوجد رابط يربطها بآيات القرآن الكريم ، ولم يقولوا لنا : أين كانوا موضعها فى المصحف الشريف .

٦ ـ أن من الأصول المقررة أن القرآن لا يثبت إلا بالتواتر ، وما جاء عن غير طريق التواتر لا يعد قرآنا ، والكلمات التى قالوا إنها كانت قرآنا ليست متواترة ، بل هى شاذة ؛ والشاذ لا يصح أن نجعله قرآنا ، ولا يجوز تلاوته على أنه قرآن .

٧ ـ أن السنة النبوية وقع فيها نسخ المعنى ، أى نسخ الحكم كما وقع فى القرآن، ولم يثبت أن الرسول ﷺ رجع عن لفظ من ألفاظ حديثه ، أو بدله بغيره ، أو قال للصحابة عن حديث معين لا تحفظوه ، لأننى نسخت لفظه أو رجعت عنه ، فلا تبلغوه عنى .

وإذا كان الأمر كذلك فكيف يجوز أن ينسب إلى الله أنه رجع عن لفظ آية أو نسخ تلاوتها (١) .

الدليل الثانى للقائلين بأن القرينة وسيلة إثبات فى الحدود : ما روى عن على بن أبى طالب رضي الله عنه أنه قال : يا أيها الناس إن الزنا زناءان : زنا سر وزنا علانية ، فزنا السر : أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام (أى رئيس الدولة) أول من يرمى (٢).

فهذا القول من على رضي الله عنه يدل على أنه كان يعد ظهور الحمل دليلا على حدوث جريمة الزنا ، وبين أن ذلك موجب لإقامة الحد ، وأن الحاكم أول من يرمى الزانية التى ظهر حملها ، وإذا كان حد الزنا قد ثبت بالقرينة ، وهى هنا الحمل ، فيقاس على حد الزنا سائر الحدود فتثبت هى الأخرى بالقرينة .

---

(١) انظر : ذوق الحلاوة ببيان امتناع نسخ التلاوة ، لأبى الفضل عبد الله بن محمد بن الصديق الغمارى ص١٤ـ٢٠ .

(٢) المغنى ، جـ ٨ ، ص ٢١١ .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الاستدلال بما أجيب به عن الاستدلال بالأثر المروى عن عمر ، وهو أن هذا قول صحابى ، وقول الصحابى اختلف العلماء فى الاحتجاج به ، وإذا قيل إن عليا قال هذا بجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فالجواب أيضا كما سبق فى الإجابة عن الاستدلال بالأثر المروى عن عمر أن الإنكار فى المسائل الاجتهادية المختلف فيها لا يلزم المخالف .

اختلفت الرواية عن الصحابة فى هذا الشأن :

وهذا بالإضافة إلى أنه قد اختلفت الرواية عن الصحابة فى هذا الشأن ، فقد روى أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج ، وقد حملت ، فسألها عمر ، فقالت : إنى امرأة ثقيلة الرأس ، وقع على رجل وأنا نائمة ، فما استيقظت حتى فرغ ، فدرأ عمر عنها الحد .

وروى البراء بن صبرة عن عمر ، أنه أتى بامرأة حامل فادعت أنها أكرهت ، فقال : خلوا سبيلها .

وروى عن على وابن عباس أنهما قالا : إذا كان فى الحد لعل وعسى فهو معطل ، وروى الدارقطنى بإسناده ، عن عبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل ، وعقبة بن عامر أنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت (١).

ويضاف إلى ما ذكر أيضا أن إثبات الحدود بالقياس ليس محل اتفاق بين العلماء .

ثالثا : ما روى عن علقمة بن وائل الكندى عن أبيه ، أن امرأة خرجت على عهد رسول الله ﷺ تريد الصلاة ، فتلقاها رجل ، فتجللها (٢) فقضى حاجته منها ، فصاحت ، فانطلق ومر عليها رجل فقالت إن ذاك الرجل فعل بى كذا وكذا ، ومرت بعصابة (أى جماعة) من المهاجرين فقالت : إن ذاك الرجل فعل بى كذا وكذا ، فانطلقوا ،

---

(١) المصدر السابق ، جـ ٨ ، ص ٢١١ .

(٢) تجلليا ، أى تغشاها ، أى وطئها .

فأخذوا الرجل الذى ظنت أنه وقع عليها ، وأتوها به ، فقالت : نعم هو هذا ، فأتوا به إلى رسول الله ﷺ ، فلما أمر به ليرجم قام صاحبها الذى وقع عليها فقال : يا رسول الله أنا صاحبها ، فقال لها : اذهبى فقد غفر الله لك ، وقال للرجل قولا حسنا ، وقال للرجل الذى وقع عليها ارجموه وقال : لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم " (١).

وجه الاستدلال بهذا الحديث : أن رسول الله ﷺ أمر برجم الذى أغاث المرأة بدون شهادة على الزنا أو الإقرار به ، وإنما بناء على القرينة الظاهرة ، وهى أنهم أدركوه يشتد هربا كما جاء فى بعض الروايات أن القوم أخبروا أنهم أدركوه وهو يشتد ، ففى سنن النسائى من حديث سماك ، عن علقمة بن وائل ، عن أبيه ، أن امرأة وقع عليها فى سواد الصبح وهى تعمد إلى المسجد بمكروه على نفسها ، فاستغاثت برجل مرعليها ، وفر صاحبها ، ثم مر عليها ذوو عدد فاستغاثت بهم ، فأدركوا الرجل الذى كانت استغاثت به فأخذوه ، وسبقهم الآخر ، فجاءوا به يقودونه إليها ، فقال : أنا الذى أغثتك .

وقد ذهب الآخر ، قال : فأتوا به النبى ﷺ ، فأخبرته أنه الذى وقع عليها ، وأخبر القوم أنهم أدركوه يشتد ، فقال : إنما كنت أغثتها على صاحبها فأدركنى هؤلاء فأخذونى ، فقالت : كذب ، هو الذى وقع على ، فقال النبى ﷺ : " انطلقوا به فارجموه " ، فقام رجل من الناس ، فقال : لا ترجموه وارجمونى ، فأنا الذى فعلت بها الفعل ، فاعترف ، فاجتمع ثلاثة عند رسول الله ﷺ ، الذى وقع عليها ، والذى أغاثها والمرأة ، فقال : " أما أنت فقد غفر لك ، وقال للذى أغاثها قولا حسنا ،

---

(١) عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ، لابن العربى المالكى ، جـ ٦ ، ص٢٣٥ ، ٢٣٧ .

فقال عمر : ارجم الذى اعترف بالزنا ، فأبى رسول الله ﷺ فقال : " لأنه قد تاب إلى الله " (١).

فالرسول ﷺ أمر برجم الذى أغاث المرأة بدون شهادة تثبت زنا الرجل بالمرأة ، أو حدوث إقرار منه ، وإنما بناء على القرينة الظاهرة وهى أن جماعة الرجال أخبروا أنهم أدركوه يشتد هربا ، وقول المرأة المعتدى عليها أنه هو هذا الذى فعل بها ، وهذا يدل على أن القرينة يعتمد عليها فى إثبات جريمة الزنا وإقامة الحد ، ويقاس على ذلك سائر الحدود .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الحديث : بأنه مضطرب فى متنه ، فبعض الروايات صرحت بأن الرسول امتنع عن رجم الذى اعترف بالزنا لتوبته ، وبعضها صريحة فى رجمه ، وهذا يورث ضعفا فى الحديث فلا يجوز الاستدلال به .

رد القائلين بالقرائن فى الحدود :

رد القائلون بأن القرائن وسيلة إثبات فى الحدود على هذه الإجابة : بأن الاضطراب الواقع فى الحديث ليس فى الأمر برجم الذى أغاثها وإنما هو فى رجم الذى ارتكب جريمة الزنا معها ، ومحط استدلالنا إنما هو فى رجم الذى أغاثها بناء على القرينة التى هى شواهد الحال من القبض على المغيث وهو يجرى ، وإصرار المرأة على أنه هو الذى وقع عليها ، وهذا القدر قد اتفقت عليه رواية الترمذى وغيره ، وبهذا يثبت عدم الاضطراب فيها فتكون صالحة للاستدلال بها .

---

(١) إعلام الموقعين ، لابن القيم ، جـ ٣ ، ص ٨ ، وقد استخلص ابن القيم من هذا الحديث سقوط الحد عن التائب .

رد الجمهور :

رد المؤيدون لرأى الجمهور : بأن الخلاف فى متن الحديث أورث شبهة الضعف فلا يصح أن يستدل بحديث مختلف فى متنه [1].

رابعا : ما رواه حصين بن المنذر قال : " شهدت عثمان بن عفان أتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين ، ثم قال : أزيدكم ؟ فشهد عليه رجلان أحدهما أنه شرب الخمر ، وشهد آخر أنه رآه يتقيؤها ، فقال عثمان : إنه لم يتقيأها حتى شربها ، فقال : يا على قم فاجلده ، فقال على : قم ياحسن فاجلده ، فقال الحسن : ول حارها من تولى قارها [2] ، فكأنه وجد عليه ، فقال : يا عبد الله ابن جعفر قم فاجلده ، وعلى يعد حتى بلغ أربعين فقال : أمسك ، ثم قال : جلد النبى ﷺ أربعين ، وأبو بكر أربعين ، وعمر ثمانين ، وكل سنة ، وهذا أحب إلى • " رواه مسلم [3].

وجه الاستدلال بهذا الحديث : أن تقيؤ الخمر قرينة على شربها ، وقد أمر عثمان بجلد الوليد بناء على شهادة واحد بأنه شربها ، وشهادة آخر أنه رآه يتقايؤها ، وبين أن التقايؤ يدل على الشرب ، وقد وقع ذلك بجمع من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فدل هذا على أن القرينة يؤخذ بها فى إثبات حد الخمر •

---

(١) محاضرات فى علم القاضى والقرائن ، وغيرهما لأستاذنا الدكتور عبد العال عطوة ص ٤٩ •

(٢) الحار من العمل : شاقه وشديده ، ومعنى : " قارها " أى ما لا مشقة فيه من الأعمال والمراد من الجملة : ول الأعمال الشاقة من تولى الأعمال التى لامشقة فيها •

(٣) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٥٦ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى •

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا : بأن التقيؤ لا يكفى فى ثبوت حد الشرب ، لإمكان أن يكون المتقئ لها مكرها على شربها ، أو شربها وهو لا يعلم أنها خمر ، أو نحو ذلك [١].

وإذا كان لى من تعليق على هذا الأثر فإننى أجد فى نفسى شيئاً منه حتى مع كونه مرويا فى صحيح مسلم ، إذ إن الحوار الذى ذكر فيه بين علي والحسن لا ترتاح إليه النفس بسهولة ، فكيف نقبل بسهولة هذا الحوار الذي يرد فيه ابن كالحسن وهو من هو على والدٍ كعلى بن أبى طالب ، وهو من هو فى علو مكانته وعظم شأنه رافضاً أمر والده بخصوص تنفيذ حكم شرعى لا مشقة كبيرة فى تنفيذه ، ويستجيب ابن الأخ لعمه استجابة فورية عندما أمره عمه به .

خامسا : ما رواه السائب بن يزيد : " أن عمر خرج عليهم فقال : إني وجدت من فلان ريح شراب ، فزعم أنه شرب الطلاء [٢] ، وإنى سائل عما شرب ، فإن كان مسكرا جلدته ، فجلده عمر الحد تاما " ، رواه النسائى والدارقطنى [٣].

وجه الاستدلال : أن ريح الخمر قرينة على شربها ، وقد حكم عمر بجلد من وجد منه ريح الشراب ، فدل ذلك على أن القرينة وسيلة من وسائل إثبات حد الشرب .

مناقشة هذا الدليل :

نوقش هذا : بأنه يمكن أن يقال إن عمر جلده لأنه اعترف بأنه شرب الطلاء ، وليس لوجود الرائحة [٤].

---

(١) المصدر السابق ، جـ ٧ ، ص ١٦٠ .
(٢) الطلاء أو المثلث هو اسم للمطبوخ من ماء العنب إذا ذهب ثلثاه وبقى ثلثه ، وهو حرام عند جمهور العلماء وبعض العرب يسمى الخمر الطلاء تحسينا لاسمها لا أنها الطلاء بعينها ، مختار الصحاح والفقه الإسلامى وأدلته ، للدكتور وهبه الزحيلى ، جـ ٦ ، ص ١٥٤ .
(٣) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٦٢ .
(٤) محاضرات فى علم القاضى ، مصدر سابق ،ص ٥٠ .

سادسا : ما رواه علقمة قال : كنت بحمص ، فقرأ ابـــن مســـعود سورة يوسف ، فقال رجل : ما هكذا أنزلـــت ، فقـــال عبـــد الله : والله لقرأتها على رسول الله ﷺ ، فقال : أحسنت ، فبينما هو يكلمه إذ وجـــد منه ريح الخمر ، فقال : أتشرب الخمر وتكـــذب بالكتـــاب ؟ فضربـــه الحد " . متفق عليه [1].

وجه الاستدلال بهذا الأثر : أن ريح الخمر قرينة على شربها ، وقد أقام عبد الله ابن مسعود بوصفه قاضيا حد الشرب على من وجد منـــه ريحها ، فدل ذلك على أن القرينة وسيلة من وسائل إثبات الحدود .

مناقشة هذا الدليل : نوقش هذا الاستدلال بأنه يمكن أن يقـــال إن القرينة هنا وصلت إلى درجة من القوة بحيث يقطع معها بنفى الاحتمال وهى هذيان الرجل وتخليطه حيث كذب بكتاب الله عز وجل .

<u>أدلة القائلين بعدم العمل بالقرائن فى الحدود :</u>

أولا : ما رواه ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : لـــو كنـــت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة فى منطقها ، وهيئتها ، ومن يدخل عليها " [2].

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن القرينة لو كانت وســـيلة تثبـــت الحد لأقام الرسول ﷺ حد الزنا على هذه المرأة التى ظهر من حالـــها قرائن تفيد وقوع الزنا منها ، لكنه ﷺ لم يفعل هذا ، ويقاس على ذلـــك كل حد لعدم الفارق بين حد الزنا وسائر الحدود .

---

(١) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٦٨ .

(٢) المصدر السابق ، جـ ٨ ، ص ٣٠٥ ، شركة الطباعة الفنية المتحدة .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الدليل ـ كما سبق ـ : بأن الرسول ﷺ لم يقم حد الزنا على هذه المرأة لضعف القرائن التى ظهرت من حالها ، فهى ليست قرائن قوية فى دلالتها كوجود الحمل مثلا لكى يحكم عليها بحد الزنا ، وضعف القرائن يدرأ الحد ، لأن القاعدة الشرعية أن الحدود تدرأ بالشبهات [1] .

ثانيا : ما رواه ابن عباس قال : " شرب رجل فسكر ، فلقى يميل فى الفج [2] ، فانطلق به إلى النبى ﷺ فلما حاذى بدار العباس انفلت فدخل على العباس فالتزمه ، فذكر ذلك للنبى ﷺ ، فضحك وقال : أفعلها ؟ ولم يأمر فيه بشئ " . رواه أحمد وأبو داود [3] .

وجه الاستدلال بهذا الحديث : أن السكر قرينة تدل على شرب الخمر ، ومع وجود هذه القرينة فإن الرسول ﷺ لم يأمر بجلد السكران فدل هذا على عدم العمل بالقرينة فى حد الشرب ، ومثله سائر الحدود .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن رسول الله ﷺ لم يقم حد الشرب على هذا الرجل لأنه لم يحدث منه إقرار أمامه ، ولا شهد عليه أحد بأنه رآه يشرب الخمر ، ولأنه تشفع بالعباس عم رسول الله ﷺ قبل أن يصل أمره إلى الحاكم وهو الرسول ﷺ .

---

(١) محاضرات فى علم القاضى ، مصدر سابق ، ص ٥١ ، ٥٢ .

(٢) الفج : الطريق الواسع بين جبلين .

(٣) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٦٨ .

ثالثا : ما روى عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : " ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة " ٠ رواه الترمذى [١] ، والحديث وإن كان فيه مقال إلا أنه روى من طرق أخرى تعضده موقوفا ومرفوعا ، فيكون صالحا للاحتجاج به على أن الحدود تدرأ بالشبهات المحتملة لا بمطلق الشبهة بالإضافة إلى أن العلماء تلقوه بالقبول ، وهذا يعتبر تصحيحا له ٠

ووجه الاستدلال : أن الرسول ﷺ ، كما فى هذا الحديث أمر بدرء الحدود بالشبهات المحتملة ، والقرائن مبنية على الشبهة ، فدل هذا على عدم اعتبار القرائن فى الحدود [٢].

رابعا : إقامة الحد إضرار بمن لا يجوز الإضرار به ، وهو قبيح من الناحية العقلية والشرعية ، فلا يجوز منه إلا ما أجازه الشارع كالحدود والقصاص وما أشبه ذلك بعد حصول اليقين ، لأن مجرد الحدس ، والتهمة ، والشك ، مظنة للخطأ والغلط ، وما كان كذلك فلا يستباح به تأليم المسلم وإضراره بلا خلاف [٣].

ومما سبق يغلب على الظن عدم العمل بالقرائن فى الحدود ، ومن أقوى الأدلة على ذلك أن القرينة مبنية على الشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ٠

---

(١) المصدر السابق ، جـ ٧ ، ص ١١٨ ٠

(٢) محاضرات فى علم القاضى – القرائن – النكول عن اليمين – القيافة ، لأستاذنا الدكتور عبد العال عطوة ، مكتوبة بالآلة الكاتبة ، ص ٤٧ ، ٥٣ ٠

(٣) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١١٧ ٠

آراء الفقهاء في العمل بالقرينة في القصاص :

إذا وجدت آثار دماء على ملابس المتهم في جريمة القتل ، وظهر من التحليل المعملي أن هذا الدم من فصيلة دم القتيل ، أو وجدت بصمة المتهم على السلاح المستعمل في جريمة القتل ، أو تعرف الكلب البوليسي على المتهم فأخرجه من وسط مجموعة من الناس بعد شم أثر من آثار القتيل ، أو ثبت بالتسجيل الصوتي أن المتهم قد اعترف بقتل المجني عليه ، فهل يجيز هذا للقاضي أن يحكم بالقصاص على المتهم بناء على أي قرينة من هذه القرائن وما شابهها ؟

يرى بعض الفقهاء : أنه يؤخذ بالقرائن — إذا كانت قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين — في إثبات جريمة القتل بدون احتياج إلى القسامة [١] ، وأما إذا كانت القرائن ضعيفة فإنه يعمل بالقسامة .

ويرى آخرون : عدم جواز العمل بالقرائن في إثبات جرائم القتل ولو كانت القرائن قوية الدلالة بحيث تقارب اليقين ، بل يلجأ إلى القسامة وموجبها في صورة معينة [٢].

وممن يرى أن القرائن تصلح وسيلة من وسائل إثبات القصاص ابن الغرس من الحنفية [٣] ، وابن فرحون من المالكية [٤] وابن القيم الفقيه الحنبلي المشهور [٥].

ونقل الحنفية عن أبي حنيفة ﷺ أنه يرى أن النكول عن اليمين قرينة يؤخذ بها في دعوى القصاص في الأطراف ، فيقضي القاضي

---

(١) سبق بيان معنى القسامة ، وآراء العلماء فيها هل تصلح وسيلة إثبات أم لا .
(٢) سبق ذكر هذه الصورة وآراء العلماء فيها عند الكلام عن القسامة .
(٣) المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ، ص ٨٣ .
(٤) تبصرة الحكام ، جـ ٢ ، ص ١١٣ .
(٥) الطرق الحكمية ص ٧ .

بالقصاص فى العمد فى الأطراف عند نكول المدعى عليه عن اليميـن ، ويقضى بالدية فى الخطأ ، وأما صاحباه أبو يوسف ومحمد فيريان فـى حالة النكول لا يقضى بالقصاص فى النفس والطرف جميعـا ، ولكـن يقضى بالأرش (التعويض) والدية ، سـواء أكـانت الدعـوى فـى القصاص فى النفس أم فى الأطراف [1].

ويرى جمهور العلماء : أن القرائن ليسـت وسـيلة إثبـات فـى القصاص ولو كانت قوية الدلالة وقاربت اليقين ، والواجب حينئذ هـو القسامة وموجبها فى صورة معينة [2].

أدلة القائلين بإثبات القصاص بالقرينة :

أولا : استدل هؤلاء بالأدلة التى استدلوا بها على أن القرينة وسـيلة من وسائل الإثبات ، وقالوا فى توجيه الاستدلال بها : إن هـذه الأدلـة عامة فى جميع الحقوق فتشمل الحدود والقصاص .

مناقشة ما استدلوا به : أجيب عن هذا بما يلى :

١ ــ لا يوجد فى هذه الأدلة التى استدللتم بها على العمل بالقرائن مـا يدل على أنها عامة حتى تشمل القصاص .

٢ ــ القرائن فى قضايا الدماء يكتنفها من الغموض والاحتمالات مـا لا يكتنف غيرها ، فالقرينة القوية فى دلالتها قد تفيد القتل ، لكنـها لا تفيدنا ما إذا كان القتل عمدا أو شبه عمد ، أو خطأ ، مع أن هـذه الأنواع الثلاثة مختلفة فى أحكامها ، بل لو سلمنا أنـها تفيدنـا أن

---

(١) البدائع ، جـ ٦ ، ص ٢٣٠ ، وتكملـة فتـح القديـر لقـاضى زاده ، جـ ٨ ، ص ١٩٠ .

(٢) محاضرات فى علم القاضى ــ القرائن ــ النكول عن اليمين ــ القيافـة ، للدكتـور عبد العال عطوة ،ص ٥٣ ، والقرائن ودورها فى الإثبـات فـى الفقـه الجنـائى الإسلامى ، للدكتور أنور دبور ، ص ١٧٠ .

القتل كان عمدا فإنها لا تفيدنا هل كان القتل دفاعا عن النفس ، أو العرض ، أو المال ، أو كان غيلة وظلما ، إلى غير ذلك من الاحتمالات ، وعلى هذا فلا تصلح أن تكون وسيلة إثبات فى القصاص ، لأنه كالحدود يدرأ بالشبهات .

ثانيا : النكول عن اليمين فى جرائم الاعتداء على الأطراف دليل على أن الناكل إما مقر بالجريمة ، أو باذل ، أى سمحت نفسه وأباح جسمه للعقوبة ، وإلا لحلف قياما بالواجب عليه ودفعا للضرر عن نفسه .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الدليل : بأن القضاء بالنكول فى مسائل الدماء قضاء بقرينة ضعيفة ، لأنه كما يحتمل أن يكون المدعى عليه قد امتنع عن اليمين احترازا عن اليمين الكاذبة ، يحتمل أن يكون امتناعه تورعا عن اليمين الصادقة ، ويحتمل أيضا أن يكون بسبب الاشتباه ، والقضاء بالقرينة وبخاصة الضعيفة لا يجوز فى مسائل الدماء ، لأنه يجب الاحتياط فيها أكثر من غيرها [1].

أدلة المانعين لإثبات القصاص بالقرينة :

أولا : ما روى عن سهل بن أبى حثمة قال : انطلق عبد الله بن سهل ، ومحيصة بن مسعود إلى خيبر وهو يومئذ صلح ،فتفرقا ، فأتى محيصة إلى عبد الله ابن سهل وهو يتشحط فى دمه قتيلا ، فدفنه ، ثم قدم المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ، ومحيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبى ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال الرسول ﷺ :

---

(١) محاضرات فى علم القاضى ــ القرائن إلخ ، مصدر سابق ، ص ٥٤ .

كبر ، كبر[1] ، وهو أحدث القوم ، فتكلما ، قال : أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم ؟ فقالوا : وكيف نحلف ولم نشهد[2] ، ولم نر ؟ قال:فتبرئكم يهود بخمسين يمينا ، فقالوا : كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فعقله[3] النبى ﷺ من عنده[4].

وفى رواية متفق عليها : " فقال لهم : تأتون بالبينة على من قتله ؟ قالوا : ما لنا من بينة ، قال : فيحلفون ، قالوا : لا نرضى بأيمان اليهود ، فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه ، فوداه[5] بمائة من إبل الصدقة "[6].

وجه الاستدلال بهذا الحديث : أنه دل على أن دعوى القتل لا تثبت إلا بشاهدين أ وبالقسامة إذا لم يوجد الشاهدان ، وهذا ينفى أن القرينة وسيلة إثبات فيها .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا الدليل : بأن الحديث لا يوجد فيه دليل على الاقتصار على الشاهدين فى إثبات دعاوى القتل ، وعلى هذا فلا يكون الحديث دالا على عدم اعتبار القرينة وسيلة من وسائل الإثبات .

ثانيا : الاحتياط فى الدماء مثل الاحتياط فى الحدود بل أكثر منها وأولى ، ولما كانت القرائن فى الدماء فى كثير من الحالات يكتنفها

---

(١) أى دع من هو أكبر منك سنا يتكلم .
(٢) أى لم نشهد الجريمة وقت حدوثها .
(٣) أى أعطى ديته .
(٤) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٨٣ .
(٥) أى دفع ديته .
(٦) نيل الأوطار ، جـ ٧ ، ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

الغموض والإبهام ، فإن هذا يعد شبهة يجب أن تكون دارئة للقصاص ، لأنه يدرأ بالشبهات كما تدرأ بها الحدود (١).

الرأى الراجح :

يغلب على الظن أن ما يراه الجمهور — وهو عدم القضاء بالقرينة فى القصاص ، هو الرأى الراجح وأقوى ما يسند هذا الرأى هو أن القرينة فى كثير من الحالات يكتنفها الغموض والإبهام ، وهذا شبهة والقصاص يدرأ بالشبهات كالحدود ، وهذا دليل قوى ، وأما ما استند إليه القائلون بأن القرينة تصلح أن تكون وسيلة إثبات فى القصاص ، فقد ضعف من قبل المخالفين ، وفى ختام الكلام عن الرأيين المذكورين نحب أن نذكر ما قاله بعض العلماء المعاصرين وهو أنه إذا كانت القرينة قاطعة بحيث لا تكون محتملة لأدنى شك ، فإنها تكون وسيلة فى جرائم القتل كما لو وجدت بصمات المتهم على السكين التى تمت بها جريمة القتل لكن بشرط ، وهو إذا لم يستطع المتهم أن يضعف من دلالة هذه القرينة فيورث شبهة تنقذه من عقوبة القصاص ، لكن هذا الرأى محل نظر .

عمل فقهاء المذاهب الأربعة بالحكم بالقرائن :

نحب أن نذكر فى ختام الكلام عن القرينة وآراء العلماء فيها من حيث كونها وسيلة إثبات أم لا ، أن الفقهاء من المذاهب الفقهية الأربعة عملوا بالقرائن فى مسائل كثيرة ، وإليك بعضا من هذه المسائل .

المسألة الأولى : يرى الفقهاء جميعا جواز اتصال الرجل جنسيا بالمرأة التى أهديت إليه ليلة الزفاف ، إذا كان لا يعرفها وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال أن هذه فلانة بنت فلان التى عقد عليها ، وإن لم يستنطق النساء أن هذه زوجته ، وذلك إعتمادا على أن القرينة

(١) محاضرات فى علم القاضى — القرائن — ، إلخ ، مصدر سابق ، ص ٥٤ ، ٥٥ .

الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة ، وممن بين ذلك الشافعية فى كتبهم ، فنجد الرملى أحد فقهاء الشافعية يبين فى مجال الكلام عن شروط الشاهد أنه يشترط فيه الإبصار فلا تقبل شهادة الأعمى لا على فعل كالزنا ، والغصب والرضاع والولادة ، والإتلاف ، ولا على قول كالعقود والفسوخ لانسداد طريق المعرفة مع اشتباه الأصوات وإمكان التصنع فيها ، ثم يبين جواز وطء الأعمى لزوجته اعتمادا على قرينة ، فيقول : " وإنما جاز له وطء زوجته اعتمادا على صوتها لكونه أخف ، ولذا نص الشافعى على حل وطئها اعتمادا على لمس علامة يعرفها فيها ، وإن لم يسمع صوتها ، وعلى أن من زفت له زوجته أن يعتمد قول امرأة ، هذه زوجتك ، ويطؤها ، بل ظاهر كلامهم جواز اعتماده على قرينة قوية أنها زوجته وإن لم يخبره أحد بذلك " (١).

الثانية : جواز الاعتماد على قول الصبيان المرسل معهم بالهدايا ، وأنها مرسلة إليهم ، فتقبل أقوالهم ، ويجوز أكل الطعام المرسل به .

الثالثة : جواز أخذ ما يسقط من الإنسان إذا لم يعرف صاحبه مما لا يتبعه الإنسان ، كالفلس ، والثمرة ونحو ذلك .

الرابعة : جواز أخذ ما يبقى فى البساتين والمزارع من الثمار والحب بعد انتقال أهله عنه ، وتخليته ، وتسيبيه .

الخامسة : جواز أخذ ما يسقط من الحب عند الحصاد مما لا يعتنى صاحب الزرع بلقطه .

السادسة : يجوز للضيف أن يقدم على الأكل إذا قدم له صاحب المنزل الطعام وإن لم يأذن باللفظ ، إذا علم أن صاحب الطعام قدمه له

---

(١) نهاية المحتاج للرملى إلى شرح المنهاج ، للنووى ، جـ ٨ ، ص ٢٩٩ .

خاصة ، وليس هناك غائب ينتظره اعتباره بدلالة الحال الجارية مجرى القطع .

السابعة : القضاء بالنكول (الامتناع عن اليمين) ، واعتباره في الأحكام ، وليس إلا رجوعا إلى مجرد القرينة الظاهرة ، فقدمت على أصل براءة الذمة [1].

الثامنة : إذا تنازع الزوجان في متاع البيت ، ولا توجد بينة فجمهور الفقهاء يرون أن للرجل ما يعرف للرجال وللمرأة ما يعرف للنساء [2] .

التاسعة : جواز شهادة الشاهد على القتل للقصاص أنه قتله عمدا عدوانا ، والعمدية صفة تقوم بالقلب ، فجاز للشاهد أن يشهد بها اكتفاء بالقرينة الظاهرة [3].

العاشرة : إقرار المريض لوارث أو صديق ملاطف لا يقبل عند المالكية لقيام قرينة التهمة في قصده نفع الوارث ، أو إيصال ذلك لبعض الورثة على يد صديقه .

الحادية عشرة : إذا ادعت الزوجة أن زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزمان ، وهما في بيت واحد ، فلا يقبل قولها عند مالك وأحمد ، لأن وجودهما في بيت واحد قرينة دالة على كذبها .

الثانية عشرة : انعقاد التبايع بالمعاطاة من غير لفظ ، اكتفاء بالقرائن والأمارات الدالة على الرضا ، قال بهذا المالكية والحنابلة ،

---

(1) معين الحكام لعلي بن خليل الطرابلسي ، ص ١٦٦ ، والطرق الحكمية ، لابن القيم ، ص ٢٥ .

(2) الطرق الحكمية ، ص ٢٥ .

(3) تبصرة الحكام ، جـ ٢ ، ص ١١٦ .

وقال به أيضا الحنفية ، وإن خالف القدورى من علمائهم فذكر أن التعاطى يجوز فى الأشياء الخسيسة كالرغيف ، والبيضة ، ولا يجوز فى الأشياء النفيسة ، قال صحب البدائع معقبا على ما ذكره القدورى : " ورواية الجواز فى الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهى الصحيحة " (١). وخالفهم الشافعى ﷺ فى ذلك ، لكن جماعة من الشافعية منهم النووى ، والبغوى ، والمتولى اختاروا صحة البيع بالمعاطاة فى كل ما يعده الناس بيعا ، ويرى ابن سريج والرويانى من فقهاء الشافعية جواز البيع بالمعاطاة فى الأشياء غير النفيسة ، وهى التى جرت عادة الناس فيها بالمعاطاة ، كشراء رغيف أو حزمة بقل ونحوهما (٢).

الثالثة عشرة : يرى الحنابلة وبعض المالكية أنه يجوز للرجل أن يلاعن امرأته ، فيشهد عليها بالزنا توكيدا لشهادته باليمين ، إذارأى رجلا يعرف بالفجور يدخل إليها ويخرج من عندها نظرا إلى الأمارات والقرائن الظاهرة (٣).

ثم أما بعد ، فإنه إذا كانت القرينة تصلح أن تكون وسيلة إثبات لحكم معين فى بعض الأمور ، فإن الفراسة لا تصلح أساسا للحكم ، وجمهور العلماء على منع القضاء بالفراسة ، لأن القضاء لابد أن يعتمد الأدلة الظاهرة الواضحة ، والحكم بالفراسة ما هو إلا اعتماد على فكرة وجدت فى نفس الإنسان ، وقد تكون هذه الفكرة صحيحة ، وقد تكون خطأ ، لأنها لم تبن إلا على الظن والتخمين ، والظن كما أنه

---

(١) البدائع ، جـ ٥ ، ص ١٣٤ .

(٢) مغنى المحتاج ، لمحمد الشربينى الخطيب ، جـ ٢ ، ص ٣ ، والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبه الزحيلى ، ص ٤ .

(٣) تبصرة الحكام ، جـ ٢ ، ص ١١٨ ، والطرق الحكمية ، ص ٢٥ .

قد يصيب فى بعض الأحيان ، فإنه كثيرا ما يخطئ ، فيؤدى ذلك إلـــى القضاء بالظلم [1].

قال ابن العربى : " الفراسة لا يترتب عليها حكـــم ، وقـــال : " إن مدارك الأحكام معلومة شرعا مدركة قطعا ، وليس الفراسة منها " .

وقال ابن فرحون : " الحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن والحـــزر ، والتخمين وذلك فسق وجور من الحاكم ، والظن يخطئ ويصيب [2].

---

(1) أحكام القرآن لابن العربى ، جـ ٣ ، ص ١١١٩ ، وتبصرة الحكـــام ، جـــ ٢ ، ص١٢٠ ، ومعين الحكام ، ص ١٢٤ ، والقرائن ودورها فى الإثبات للدكتور أنــور دبور ، ص ١٤ ، ١٥ .

(2) تبصرة الحكام ، جـ ١ ، ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، جـ ٢ ، ص ١٣٠ ، ١٣١ .

إثبات النسب بالبصمة الوراثية

تمهيد

من قديم عرف الناس بملاحظاتهم ومشاهداتهم أن هناك صفات ، ومظاهر شكلية ، تتوارثها الأجيال فتنتقل من جيل إلى جيل ، سواء من الآباء أو الأمهات المباشرين ، أو من الجدود والجدات ، مثل ألوان الأجسام وملامح الوجوه ، وشكل أصابع الأيدى والأرجل ، والطول والقصر ، وحدثت بعض الوقائع فى زمن رسول الله ﷺ تبين هذا المعنى ، فقد روت كتب السنة ما يفيد عدم جواز إقدام الإنسان على أن ينفى نسب ابنه لمجرد اختلاف لونه عن لون أبيه ، وذلك لجواز أن يكون لون الولد قد اكتسبه من أحد جدوده الأقربين أو الأبعدين ، فعن أبى هريرة رضي الله عنه أن رجلا من بنى فزارة جاء إلى رسول الله ﷺ فقال : ولدت امرأتى غلاما أسودا — وهو حينئذ يعرض بأن ينفيه — فقال له النبى ﷺ : هل لك من إبل ؟ قال نعم ، قال فما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال هل فيها من أورق ؟ " أى يميل لونها إلى الغبرة " قال : إن فيها أورقا ، قال : فأنى أتاها ذلك ؟ " أى من أين أتاها اللون الذى خالفها ، هل هو بسبب فحل من غير لونها طرأ عليها أو لأمر آخر ؟ قال : عسى أن يكون نزعه عرق ، قال : فهذا عسى أن يكون نزعه عرق ، ولم يرخص الرسول ﷺ فى أن ينفى ابنه منه [1].

وكانت القيافة إحدى وسائل إثبات النسب قبل الإسلام وأقرها الإسلام ، والقيافة ملكة فنية تتيح لمن توافرت فيه أن يعرف وجه الشبه بين القريب وقريبه ، فيعرف — مثلا — أن هذا أب لهذا أو ليس أباه ، وهذا أخ لهذا أو ليس أخاه ، وهكذا .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ٧٤ دار الفكر .

وثابت فى كتب السنة أن المنافقين بعدما شككوا فى نسب أسامة بن زيد بن حارثة ، لأن زيدا كان أشقر اللون ، وأسامة أسمر اللون ، جيئ بالقائف ـ أى أحد الرجال الذين عندهم ملكة القيافة ـ وكان من بنى مدلج ، وبنو مدلج قبيلة مشتهرة بوجود هذا النوع من الفراسة فيهم والقدرة الفنية على التعرف على صلة القرابة بين الأفراد ، وجاء القائف ، وأسامة وزيد قد غطى رأساهما بقطعة من القطيفة ، وقد بدت أقدامهما ، فنظر القائف إلى الأقدام وقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، فبناء على وجود الشبه بين قدمى زيد وقدمى أسامة قرر القائف ثبوت النسب على الرغم من اختلاف اللون بينهما ، لأن اللون قد يكتسبه الإنسان عن الجدود وهذه الحادثة رواها الأئمة : أحمد بن حنبل ، والترمذى ، والنسائى ، وأبو داود ، وابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها قالت : " إن رسول الله ﷺ دخل علىّ مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مجززا " اسم الرجل القائف " نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض " وفى لفظ أبى داود ، وابن ماجه ، ورواية لمسلم ، والنسائى ، والترمذى: " ألم ترى أن مجززا المدلجى رأى زيدا وأسامة قد غطيا رءوسهما بقطيفة وبدت أقدامهما ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض " ، قال أبو داود : كان أسامة أسود ، وكان زيد أبيض [١].

وقد استند الفقهاء إلى هذا الحديث فى كون القيافة إحدى وسائل إثبات النسب ، لأن رسول الله ﷺ سر عندما قرر القائف هذا الحكم ، وسرور النبى ﷺ تقرير ، والتقرير هو أحد انواع السنة " المصدر الثانى من مصادر التشريع الإسلامى " ، فالسنة إما قول كقوله ﷺ :

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٨٠ .

" إنما الأعمال بالنيات " أو فعل ، كوضوئه ﷺ وصلاته وحجه ، أو تقرير ، كما حدث فى قصة زيد بن حارثة وأسامه ابنه .

وكما أن الجمهور من العلماء يبينون أن القيافة وسيلة من وسائل إثبات النسب [١] ، فإنهم ينصون على وسائل أخرى يعدونها طرقا لإثباته ، وهى بالاستقراء الفراش الصحيح ، أى الزوجية بين الرجل والمرأة التى نتج الطفل فى ظل وجودها ، والإقرار ، والشهادة ، والاستفاضة فى النسب والولادة ، قال ابن المنذر فى مجال إثبات النسب بالاستفاضة : أما النسب فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به ، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعا بغيره ، ولا يمكن المشاهدة فيه ، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدا من أقاربه .

فنخلص من هذا أن طرق إثبات النسب خمسة طرق وهى :

- الفراش ، والإقرار ، والشهادة ، والاستفاضة ، والقيافة عند فريق من العلماء .

الكروموزومات والجينات والدخول إلى ميدان من العلم رحب جدا :

أدت الاكتشافات الحديثة ، واختراع المجهر (الميكروسكوب) إلى تبين أن أنسجة الجسم مكونة من خلايا ، وكل خلية تحتضن نواة هى المسئولة عن حياة الخلية ووظيفتها ، كما بينت هذه الاكتشافات الحديثة أن النواة فى كل خلية تحوى المادة الإرثية بداية من الخواص التى تجمع بين الجنس

---

(١) يرى مالك والشافعى وأحمد أن القيافة حجة فى إثبات النسب ، ويرى أبو حنيفة وأصحابه والهادوية إحدى فرق الزيدية عدم اعتبارها ، لكن هؤلاء محجوجون بما ثبت عن الرسول وبعض الصحابة .

البشرى ، وانتهاء بالتفصيلات التى تختص بالفرد فلا يشاركه فيها آخر منذ خلق الإنسانية إلى انتهائها •

وتوجد المادة الإرثية فى نواة الخلية من أجسام صغيرة جدا يسميها العلماء : الصبغيات " الكروموزومات " وهى تراكيب تشبه الخيوط فى نواة الخلية حينما تكون على وشك الانقسام ويوجد فى كل خلية من خلايا الجسم الإنسانى ٤٦ كروموزوما وهى على صورة ثلاثة وعشرين زوجا ، فرداً من الأب وفرداً من الأم ، وقد تمكن العلماء من التعرف على هذه الأجسام الصغيرة ، وترتيبها حسب تسلسلها ، ابتداء من الزوج الأول وانتهاء بالزوج الثالث والعشرين [١].

وتنقسم الكروموزومات إلى مجموعتين :

إحداهما : الكروموزومات الذاتية ، وهى ٢٢ زوجا تتشابه تشابها تاما فى كل من الذكر والأنثى وهى التى تؤثر فى الصفات الجسدية ، كطول القامة ، ولون الشعر ،ولون العين ، ولون البشرة ، والقابلية للأمراض •

والمجموعة الثانية : وهى الكروموزومات الجنسية ، وعددها زوج واحد ، وهو متماثل فى الأنثى يسمى كروموزوم س X بينما يختلف هذا الزوج فى الذكر ، فرد من هذا الزوج يسمى كروموزوم X وهو مماثل لكروموزوم X الموجود عند الأنثى ، والفرد الآخر يسمى كروموزوم ص y والكروموزومات الجنسية هى المسئولة عن الصفات الجنسية ، وبينت البحوث العلمية أن العوامل الوراثية تنتقل من خلية إلى خلية أخرى أثناء الانقسام الخلوى •

---

(١) كتاب بهذا ألقى الله ، رسالة إلى العقل العربى المسلم للدكتور حسان حتحوت ص ١١٥ ، وقراءة الجينوم البشرى للدكتور حسان حتحوت ص ٣ بحث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية المنعقدة بالكويت فى ١٣ ــ ١٥ أكتوبر ١٩٩٨م ، والاستنساخ والإنجاب للدكتور كارم السيد غنيم ص ١٩ •

وانقسام الخلايا يتنوع إلى نوعين :

أحدهما : انقسام خيطى ، أى فتيلى ، أو غير مباشر ، وهو يؤدى إلى إيجاد خلية تماثل الخلية السابقة ، الخلية الأم ، وتحتوى على نفس عدد الكروموزومات ، أى ٤٦ كروموزوما ٠

وهذا النوع من انقسام الخلايا يحدث فى كل خلايا الجسم الإنسانى ــ عدا الخلايا الجنسية ــ أثناء النمو ، والتئام الجروح ،وتعويض الفاقد ٠

والنوع الثانى من انقسام الخلايا هو الانقسام الاختزالى ، وهو يؤدى إلى إنتاج خلايا مختلفة عن الخلايا الأم ، وبه يتم اختزال الكروموزومات ال٤٦ إلى نصفها ، وهو ٢٣ كروموزوما ٠

وهذا النوع من الانقسام يحدث أثناء تكوين الأمشاج [١] فى كل من خصية الرجل ومبيض الأنثى [٢] ولهذا فإن النواة فى كل من البييضة والحيوان المنوى تحتوى العدد النصفى من الكروموزومات ، فإن تم تلقيح البييضة بالحيوان المنوى فإن الخلية الناتجة ، أى الملقحة أو المخصبة تكون النواة فيها محتوية للعدد الكامل للكروموزومات وهو ٢٣ زوجا ، أى ٤٦ كروموزوما [٣]٠

---

(١) الأمشاج جمع مشيج ، والمشيج يعبر به البعض من العلماءعن الخلية التناسلية، وقد وضع جوهانسن عام ١٩٠٩ تعريفا للخلية التناسلية " جاميط " (GAMMETE والبعض يترجم هذا المصطلح أحياناً إلى اللغة العربية بلفظ " مشيج " ٠ الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء للدكتور / كارم السيد غنيم ص ١٩ دار الفكر العربى ٠

(٢) الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، للدكتور / كارم السيد غنيم ص ٢١ ، والتشوهات الوراثية فى الجنين للدكتور خالد عبد الله العلى ص ٢ بحث مقدم إلى ندوة الانعكاسات الأخلاقية للأبحاث المتقدمة فى علم الوراثة بالدوحة ١٣ ــ ١٥ فبراير ١٩٩٣ م٠

(٣) الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، للدكتور / كارم السيد غنيم ص ٢١ ٠

مصطلح (الجين) : ـ

يطلق العلماء لفظ (الجين) على وجـــدة الوراثـــة التـــى تنتقـــل بواسطتها إمكانية الصفات الخاصة من الآباء إلى الأولاد [١].

وهو جزء يسير من حامض نووى يســـمى الــــ D N A أى الحامض منزوع الأوكسيجين ، وكان أول من أطلق مصطلح (جيــن) على العامل الوراثى هو العالم " جوهانسن " فى سنة ١٩٠٩ م[٢].

ويوضـــح الدكتـــور حســـان حتحــوت فيقــول : " والمعلــوم أن الكروموزومات تقبع فى النواة ، وقد اختصر طولها بأخذ شكل لولبـــى محكم ، إذا فردناه وجدناه سلسلة من مركبات أدق تعرف بالجينــــات ، وهى وحدات الوراثة ، كما أنها تقرر آداء الخلية لوظائفها الحيويـــة ، فإن استطعنا ربط مرض بعينه بمنطقة من الكروموزوم فإن هذه المنطقة على قصرها تشتمل على ألوف الجينات ، ولا يزال علينا أن نعرف أى واحد منها هو المسئول ، أى هو المعيب ، وذلك إذا أردنـــا أن نحـــدد التشخيص الدقيق الذى هو أساس العلاج المجدى " [٣].

هذا ، وتبين البحوث والدراسات التى أجراها العلمـــاء أنـــه علـــى الرغم من وجود الجينات فى كل خلية من خلايا الجسم فـــإن الجينـــات التى تعمل عددها قليل جدا فى كل خلية معينة بالنسبة إلى بقية الجينات التى تكون غير نشطة [٤].

---

(١) هندسة الأحياء وبيئة المستقبل ، للدكتور / سعيد محمد الفار ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، للدكتـــور / كـــارم السيد غنيم ص ١٩ .

(٣) أنظر الكتاب : بهذا ألقى الله ، رسالة إلى العقل العربى السليم ، للدكتور حسان حتحوت ص ١١٦ .

(٤) الكائنات وهندسة المورثات ، للدكتور صالح عبد العزيز كريم ص ٥ ، بحـــث مقدم إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى ، والعلاج الجينـــى ، المقامة بالكويت فى الفترة من ١٣ إلى ١٥ أكتوبر ١٩٩٨م .

البصمة الوراثية وإثبات النسب

ذكرنا أن البحوث العلمية أثبتت أن الصفات الوراثية للأولاد سواء أكانوا ذكورا أم إناثا أصلها من الأب والأم ، كما أثبتت هذه البحوث أن النواة فى كل خلية تحوى المادة الإرثية بداية من الخواص التى تجمع بين الجنس البشرى ، وانتهاء بالتفصيلات التى تختص بالفرد فلا يشاركه فيها آخر ، وأنه يوجد فى كل خلية من خلايا الجسم الإنسانى ٤٦ كروموزوما ، وهى على صورة ثلاثة وعشرين زوجا ، يأخذ الطفل ٢٣ كروموزوما من الأب و٢٣ كروموزوما من الأم وكل شخص يتميز الحامض النووى فى خلاياه والذى أطلق عليه DNA بترتيب خاص به ، لا يشاركه شخص آخر فى نفس الترتيب ، إلا فى حالات التوائم المتطابقة ، التى نتجت عن بييضة واحدة وحيوان منوى واحد .

وقد سمى البروفسور " إليك جيفرى " الذى اكتشف هذه المميزات الفريدة فى جامعة ليستر بانجلترا علامات الـ DNA بالبصمة الوراثية ، لأنها جذبت اهتمام المختصين بعلم الجريمة ، حيث أصبح من طموحهم أن يربطوا بين الـ DNA والدلائل البيولوجية الأصلية مثل الدم ، والبقايا المنوية ، والشعر ، والأنسجة لشخص واحد [١].

فهل التعرف على الصفات الوراثية الخاصة بشخص معين ، وهو ما يطلق عليه البصمة الوراثية ، يكون إحدى الوسائل التى اكتشفها العلم لإثبات النسب ؟ خاصة وأن العلماء والمتخصصين يبينون أن الخطأ فى هذه الطريقة أمر نادر جدا فى حالات إثبات النسب أو نفيه ، ويقول بعض الباحثين [٢] : " إن من التحاليل التى تتم فى الكشف عن البصمة الوراثية ... جعلت من إمكانية الخطأ أمرا صعبا جدا فى حالات

---

(١) البصمة الوراثية ومدى حجيتها فى إثبات ونفى النسب للدكتور / سعد العنزى .

(٢) الدكتورة صديقة العوضى والدكتور رزق النجار فى بحث دور البصمة الوراثية فى اختبارات الأبوة .

إثبات أو نفى الأبوة ، فقد استطاع الباحثون البريطانيون حساب الاحتمالات لشخصين ليسا أقرباء ، واحتمالية تشابههما فى البصمة الوراثية فوجدوا أن الاحتمالية تكاد أن تكون صفرا ، وكذلك الحال بين الإخوة ، فإن فرصة التشابه فى نفس النمط الوراثى " البصمة الوراثية " تصل إلى واحد فى المليون " .

وعلى هذا ، فإنه يمكن القول بأن البصمة الوراثية يصح جعلها وسيلة من وسائل الإثبات أو النفى ، ويسند هذا الرأى أمران :

الأمر الأول : أن وسائل الإثبات ليست أمورا توقيفية لا يجوز الزيادة عليها ، كعدد ركعات الصلاة مثلا ، وإنما هى أمور معقولة المعنى وليست توقيفية كما أشار إلى ذلك الشوكانى عند كلامه عن القضاء بعلم القاضى .

والأمر الثانى : أن البينة هى كل ما يبين الحق ويظهره كما بين ذلك ابن القيم وليس معناها مقصورا على الشهادة ، يقول ابن القيم : " إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم وجه الله ودينه ، فأى طريق استخرج به العدل والقسط فهو الدين وليس مخالفا له (1).

مجالات إثبات النسب بالبصمة الوراثية :

ويمكن القول بالاعتماد على البصمة الوراثية فى إثبات النسب فى كل حالة غير حالة وجود طفل بين زوجين ، لأن حالة الزواج ، أى حالة الفراش أقوى من غيرها ، كما صرح بذلك العلماء ، ففى سياق ذكر ما يراه العلماء فى القافة هل تعد من وسائل إثبات النسب أم لا ، وذكر الخلاف فى ذلك بين الحنفية وجمهور العلماء ، نقل ابن قيم الجوزية كلام جمهور العلماء وهم الذاهبون إلى الاعتداد بالقيافة ، وعدها إحدى وسائل إثبات النسب ، قال الجمهور : " نقول نحن وسائر الناس إن الفراش الصحيح إذا كان قائما فلا يعارض بقافة ولا شبه لمخالفة ظاهر الشبه لدليل أقوى منه وهو الفراش"(2).

وعلى هذا فإذا وجد طفل لقيط أى مجهول النسب تنازعه اثنان أو أكثر فيمكن اللجوء فى هذه الحالة إلى إجراء الاختبار الوراثى للتعرف على الجينات التى تبين إلى أى الرجلين المدعين ينتمى هذا الطفل

---

(1) الطرق الحكمية لابن القيم ص 16 .

(1) زاد المعاد فى هدى خير العباد ، لابن القيم جـ 4 ص 118 المطبعة المصرية ومكتبتها .

اللقيط ، لأنه إذا كانت كتب السنة أثبتت أن الرسول ﷺ أقر ما انتهى إليه القائف فى قصة أسامة وأبيه زيد بن حارثة ، عندما نظر القائف إلى أقدام أسامة وزيد وهما خلف ستارة من قطيفة ، ولم يكن يعرفهما ، وقال : هذه الأقدام بعضها من بعض ، وسر رسول الله ﷺ بذلك ، فإن إقرار الرسول ﷺ أحد أنواع السنة المصدر الثانى من مصادر التشريع ، فالسنة هى أقوال الرسول ، وأفعاله وتقريراته ، فإذا كانت السنة بينت اعتبار قول القائف مع احتمال خطئه فى هذا النوع من الفراسة ومع احتمال كذبه أيضا ، لأنه ليس معصوما ، فإن الاختبار الوراثى الذى يظهر البصمة الوراثية ، التى يقول عنها الأطباء والعلماء إن وقوع الخطأ فيها نادر جدا ، وكما تصرح الدكتورة صديقة العوضى والدكتور رزق النجار فى بحثهما عن دور البصمة الوراثية فى اختبارات الأبوة ، بأن الباحثين البريطانيين استطاعوا حساب الاحتماليات لشخصين ليسا أقرباء ، واحتمال تشابههما فى البصمة الوراثية ، فوجدوا أن الاحتمال يكاد أن يكون صفرا ، وأن فرصة التشابه بين الإخوة فى نفس النمط الوراثى " البصمة الوراثية " تصل إلى واحد فى المليون [1] نقول : إن الاختبار الوراثى الذى يظهر البصمة الوراثية يكون أولى بالأخذ به من قول القائف الذى نأخذ بقوله بناء على الظن الغالب أنه لن يخطئ ولن يكذب لثقتنا فيه وتجربته المتكررة قبل ذلك .

وهذا كما قلنا فى غير حالة وجود الزوجية ، وذلك لأن السنة صريحة فى اعتبار الفراش وتقديمه على ما عداه ، فقد بينت كتب السنة أن سعد بن أبى وقاص اختصم ورجل آخر اسمه عبد بن زمعة ، أخو سودة بنت زمعة ، إحدى زوجات الرسول ﷺ ، على غلام ولدته جارية كان يملكها زمعة والد عبد بن زمعة ، فادعى سعد بن أبى وقاص أن هذا الغلام هو ابن أخيه عتبة بن أبى وقاص ، لأن أخاه عتبة عهد إليه أى أوصاه أنه ابنه ، وأنكر عبد بن زمعة هذا الادعاء ،

---

(١) دور البصمة الوراثية فى اختبارات الأبوة ، للدكتورة صديقة العوضى والدكتور رزق النجار

فترافعا إلى رسول الله ﷺ ، فبين الرسول ﷺ أن الولد ينسب لصاحب الفراش ، روى البخارى ومسلم ، وغيرهما عن عائشة رضى الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ ، فقال سعد : يا رسول الله ، ابن أخى عتبة بن أبى وقاص عهد إلىّ أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رسول الله ، ولد على فراش أبى ، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه ، فرأى شبهاً بيّنا بعتبة ، فقال : هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة : واحتجبى منه يا سودة بنت زمعة ، فلم ير سودة قط ، وفى رواية أخرى : " هو أخوك يا عبد " وفى لفظ للبخارى : " الولد لصاحب الفراش " (١).

فهذا الحديث يبين أن الولد ينسب لصاحب الفراش ، وهو الزوج .

ويرى ابن قيم الجوزية أحد كبار فقهاء الحنابلة المشتهرين أن فى حكم رسول الله ﷺ فى هذه القضية مراعاة للشيئين ، وإعمالا للدليلين، لأن الفراش دليل لحوق النسب ، والشبه بغير صاحب الفراش دليل نفى النسب عن صاحب الفراش ، فأعمل الرسول ﷺ أمر الفراش بالنسبة إلى المدعى لقوة الفراش ، وأعمل الشبه الظاهر بعتبة بن أبى وقاص بالنسبة إلى ثبوت المحرمية بين الولد وسودة بنت زمعة ، قال ابن القيم بعد هذا البيان : " وهذا من أحسن الأحكام وأثبتها وأصحها ، ولا يمتنع ثبوت النسب من وجه دون وجه ، فهذا الزانى يثبت النسب منه بينه وبين الولد فى التحريم والبعضية ، دون الميراث ، والنفقة ، والولاية ، وغيرها ، وقد تتخلف بعض أحكام النسب عنه مع ثبوته لمانع ، وهذا

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٧ ص ٧٥ ، ٧٦ .

كثير فى الشريعة " [1] فلا ينكر من تخلف المحرمية بين سودة وبين هذا الغلام [2] لمانع الشبه بعتبة ، وهل هذا إلا محض الفقه "

وكما يجوز فى رأيى اللجوء إلى البصمة الوراثية فى حالة الطفل اللقيط إذا تنازعه اثنان أو أكثر ، فإنه فى رأيى أيضا يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية فى حالة ادعاء امرأة على رجل أنه عاشرها كرهاً فحملت ، وكذلك فى حالة اشتراك اثنين أو أكثر فى اغتصاب امرأة فحملت ، فمع توقيع عقوبة الزنا المقررة شرعا ، والمختلفة تبعا لإحصان الزانى وعدم إحصانه ، فإنه يجوز إجراء الاختبار الوراثى والحكم بالنسب لحمل المرأة المغتصبة على ضوء البصمة الوراثية .

ومع أن جمهور العلماء يرون عدم ثبوت نسب الولد إلى الزانى ، فإننا نختار ما يراه فريق آخر من العلماء ، فبعد أن أجمع العلماء على أنه إذا ولد طفل من زوجين ، فادعاه آخر لا يجوز إلحاقه به [3] لأن الولد لصاحب الفراش ، استنادا إلى ما ورد من قول الرسول ﷺ : " الولد للفراش وللعاهر الحجر " اختلفوا فيما لو كان الطفل من زناً على غير فراش ، أى الزنا بامرأة غير متزوجة ، فجمهور العلماء أى غالبيتهم يرون أيضا عدم جواز إلحاق ولد الزنا فى هذه الصورة بالزانى ، ويرى فريق آخر من العلماء غير هذا الرأى ، فقال إبراهيم النخعى : يلحق بالزانى بأحد أمرين : إذا أقيم عليه الحد ، أو ملك

---

(1) مثل القتل والردة فإنهما يمنعان من الميراث مع ثبوت النسب .

(2) أى تخلف كون الغلام محرماً لسودة بنت زمعة مع أن رسول الله ﷺ حكم بأنه أخو عبد بن زمعة ، أى أخو سودة ، وكان مقتضى أنه أخوها أن لا تحتجب منه لكون الأخ محرما لأخته ، لكن المحرمية تخلفت لوجود الشبه بعتبة بن أبى وقاص .

(3) المغنى الموفق الدين بن قدامة ، مطبوع مع الشرح الكبير ، لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسى جـ ٧ ص ١٣٠ .

الموطوءة بالزواج أو ملك اليمين [1] ، وذهب اسحاق بن راهويه إلى أن المولود من الزنا إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه ، وادعاه الزانى ألحق به ، وأول إسحاق بن راهويه قول النبى ﷺ : " الولد للفراش " على أنه حكم بذلك عند تنازع الزانى وصاحب الفراش ، قال ابن القيم ـ بعد أن ذكر هذا ـ [2] : " وهذا مذهب عروة بن الزبير ، وسليمان بن يسار ، ذكر عنهما أنهما قالا : " أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له ، وأنه زنى بأمه ، ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه ، واحتج سليمان بن يسار بأن عمر بن الخطاب كان يليط " أى يلحق " أولاد الجاهلية بمن ادعاهم فى الإسلام "

وروى على بن عاصم عن أبى حنيفة أنه قال : لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة ، فحملت منه ، أن يتزوجها مع حملها ، ويستر عليها ، والولد ولد له [3]. وقد رجح ابن القيم المذهب المخالف للجمهور ، قائلا : " وهذا المذهب كما ترى قوة ووضوحا ، وليس مع الجمهور أكثر من " الولد للفراش " ثم رد ابن القيم على الاستدلال بهذا الحديث الشريف ، بأن الذين يقولون بلحوق ولد الزنا بمن يدعيه إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه ، يقولون بما يوجبه الحديث من أن الولد يلحق بصاحب الفراش إذا وجد هذا الفراش ، لكن الكلام فيما لو لم يكن هناك فراش ، أى لم تكن هناك زوجية ، ثم بين ابن القيم أن القياس يقتضى صحة هذا الرأى القائل بإلحاق ولد الزنا بمن يدعيه إذا ولد على غير فراش ، وذلك لأن الأب أحد الزانيين ، فالزنا حادث من أبى الطفل وأمه ، وإذا كان الطفل يلحق بأمه ، وينسب إليها ، وترثه ، ويرثها ، ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به ، وقد وجد الطفل

---

(١) المغنى ، لابن قدامة جـ ٧ ص ١٣٠ .

(٢) زاد المعاد ، لابن القيم جـ ٤ ص ١١٩ .

(٣) المغنى / لابن قدامة جـ ٧ ص ١٣٠ .

من الزانيين : الرجل والمرأة ، وقد اشتركا فيه ، واتفقا على أنه ابنهما ، فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدع غير الأب هذا الطفل ؟ [١].

فإذا كان فريق من العلماء بهذه الدرجة والفقه لأحكام الشريعة ، يقولون بلحوق ولد الزنا بمن يدعيه ، إذا لم يكن مولودا على فراش يدعيه صاحبه ، فإننا نقول بجواز اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب فى حالة ادعاء امرأة على رجل أنه عاشرها كرهاً فحملت .

وحالة اشتراك اثنين أو أكثر فى اغتصاب امرأة فحملت ، فإن البصمة الوراثية ستبين ممن حملت المرأة ، فينسب الطفل إليه مع توقيع العقوبة المقررة فى الشرع لجريمة الزنا ، أو عقوبة حد الحرابة إذا ارتكب الجانى هذه الجريمة بعد الخطف من الطريق العام ، وذلك بناء على ما يراه فقهاء المالكية من أن جريمة قطع الطريق أو جريمة الحرابة ليست قاصرة على من يخيف الطريق لمنع المرور فيها ، أو أخذ المال على وجه يتعذر معه الإغاثة والإعانة والتخليص منه ، بل تشمل الجريمة المعتدى على المرأة باغتصابها ، لأن جريمة قطع الطريق إذا كانت تنطبق على أخذ المال على وجه يتعذر معه الإغاثة والإعانة والتخليص منه فإن اغتصاب النساء أحق باعتبارها جريمة من جرائم قطع الطريق ، ولهذا يقول الإمام أحمد الدردير أحد أشهر فقهاء المالكية ، بعد ما بين أن الاستيلاء على المال من قاطع الطريق قال : " والبضع أحرى " [٢] أى الاعتداء على بضع المرأة فى الطريق العام على وجه يتعذر معه الإغاثة والإعانة والتخليص من المعتدى أولى فى اعتباره جريمة من جرائم قطع الطريق من المال .

---

(١) زاد المعاد ، لابن القيم جـ ٤ ص ١١٩ .

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك ، لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير جـ ٤ ص ٤٩١ دار المعارف بمصر .

وكذلك يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية فى حالة حدوث وطء الشبهة فحملت المرأة بعد اتصال جنسى برجلين فى حالة شبهة فيلجأ إلى البصمة الوراثية لتحديد أى الرجلين ينسب إليه المولود .

وإذا قلنا بجواز إثبات النسب فى الحالات التى ذكرناها فإن ذلك يجب أن يكون بالشروط التى بينت فى البحوث المقدمة إلى الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة عن الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى ، والعلاج الجينى ، وأقرتها الندوة وهى أن يكون القيام بإجراء الاختبار الوراثى للتعرف على البصمة الوراثية من أكثر من متخصص أى اثنين على الأقل ، وذلك لأنها شهادة والشهادة لا تقل عن اثنين وأن يكون القائم بإجراء الاختبار الوراثى ذكرا ، ومسلما ، عدلا أى معروفا بالتدين ، ذا خبرة متميزة فى هذا المجال ، جرى اختباره أكثر من مرة قبل الأخذ بما يبينه من بحوثه ، ومن الأفضل أن يبين كل من المختصين الذين يجرون البحوث رأيه على انفراد دون علم من الباحث الآخر [1].

كما نوافق على جواز الالتجاء إلى البصمة الوراثية فى حالة الإقرار بالنسب إلى الغير ، كما لو أقر شخص بأن فلانا أخوه من الأب أو الأم أو منهما معا ، وجدث خلاف بين المقر وغيره على ثبوت هذا النسب ، فيمكن أن تكون البصمة الوراثية هى الفيصل فى هذا النوع ، وإذا كان بعض الشافعية يرون ثبوت النسب فى حالة إقرار أحد الإخوة دون حاجة إلى اشتراط الشاهدين ، استدلالاً بحديث عائشة فى قصة عبد ابن زمعة مع سعد بن أبى وقاص عندما تخاصما إلى رسول الله ﷺ ، وهى القصة التى ذكرناها سابقا ، وحكم رسول الله ﷺ بإلحاق الغلام بزمعة وأن النسب قد أثبته الرسول بالإقرار من عبد بن زمعة دون

---

(١) إثبات النسب بالبصمة الوراثية ، للدكتور محمد سليمان الأشقر ، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الطبية الحادية عشرة التى أقامتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية .

بينة ، فإننا نقول ردا علــى هــذا الــرأى مــن بعــض الشــافعية إن الرسول ﷺ أثبت النسب سيرا على الأصل وهو أن الولد للفــراش ، وعلى هذا فإذا كان مع الاقرار من أحد الإخوة بالنسب ثبوت البصمــة الوراثية فإن هذا يؤدى إلى ثبوت النسب فى هذه الحالة .

لو تعارضت الشهادة والبصمة الوراثية :

وإذا تعارضت الشهادة والبصمة الوراثية فى الحالات التى يجــوز فيها اللجوء إلى البصمة الوراثية ، فإن هذا يوهن من شهادة الشــهود ، فيوجد التناقض بين أمر هو ظنى وهو شهادة الشهود وبين أمر يكــاد ان يكون مقطوعا به وهو البصمة الوراثية ، لأن احتمال الخطأ فيها نــادر كما بين ذلك العلماء ، فيؤخذ بما أثبتته الاختبارات الوراثية .

والأخذ بما تبينه الاختبارات الوراثية ليس إغفالا للشهادة بوصفــها إحدى وسائل الإثبات التى بينتها نصوص الشرع ، وإنما هو لقيام قرينة قوية جدا تشكك فى صحة شهادة الشهود ، وليس ذلك بدعا من القــول فإننا وجدنا علماءنا يبينون أنه لو شهد الشهود على امرأة أنها ارتكبــت جريمة الزنا ، وبالكشف عليها من إحدى النساء تبين أنها بكــر ، فــلا يؤخذ بشهادتهم ، لأن القرينة التى وصلت إلى حد الظن الغالب الــذى يقرب من اليقين بينت كذب الشهود ، إلا إذا تبين أن غشاء البكارة مــن النوع المطاطى فحينئذ نقول : يدرأ حد القذف عنهم ، ويدرأ الحد عنــها لوجود الشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات.

ونجد الشوكانى يبين فى مجال كلامه عن حكم قضاء القاضى بعلمه كما سنذكر ذلك فى ما سيأتى عند الكلام عن القضاء بعلــم القــاضى ، نجده يبين أنه إذا جاز الحكم ــ فى حالة الشهادة ــ مع تجويــز كــون الحكم صوابا ، وتجويز كونه خطأ ، فكيف لا يجوز مع القطــع بأنــه صواب ، لاستناده إلى العلم واليقين [(١)].

والعلماء يبينون أن التشابه فى البصمة الوراثية نادر جدا لدرجة أنه يكاد أن يكون معدوما .

---

(١) نيل الأوطار جـ٩ص ١٠٤ .

وإذا وازنا بين جانبين : أحدهما يعطى ظنا وهو جانب الشـــهود ، والآخر يعطى ظنا يكاد يقرب من اليقين ، وهو مـــا تعطيــه البصمـــة الوراثية ، فإن العقل يقول بالأخذ بما يعطيه الجانب الأقوى .

وقد بين كثير من العلماء أنه لو شهد شاهدان بزوجية بيـــن رجـــل وامرأة أمام القاضى ، والقاضى يعلم بوجود محرمية بينـــهما برضـــاع مثلا ، أو طلاق بائن ، فلا يقضى القاضى بشهادة الشهود فـــى ذلـــك ، لأنه لو قضى بها كان قاطعا بأن حكمه فى هذه القضية باطل ، والحكـم بالباطل حرام [1].

ومثل هذا عدم الأخذ بشهادة الشهود برؤية هلال رمضان أو شوال أو غيرهما ، إذا تعارضت مع ما أكده علماء الفلك من أنه يستحيل رؤية الهلال فى هذه الليلة التى شهد الشهود بأنهم رأوه فيها .

وأما الاقتراح الذى يطالب بضرورة استصدار قرار إدارى يمنـــع استخراج شهادة بقيد ميلاد طفل إلا بعد إجراء اختبار البصمة الوراثية لترفق بهذه الشهادة ، وأن تسجل البصمة الوراثية لكل من الزوجيـــن بمجرد العقد وقبل الدخول ويرفق بيان البصمة بوثيقة الزواج الرسمية ، حتى يمكن التعرف على ما إذا كان الطفل المولود تتفق بصمتـــه مـــع بصمة الزوجين الثابتة على وثيقة الزواج أم لا ، فإننى لا أوافق علـــى هذا الاقتراح ، لأننى أراه يتصادم مع ما يطلبه الشرع فى مجـــال هـــذا النوع من العلاقات ، فإن هذا الرأى يؤدى إلى السعى نحو كشف عيوب الناس الأخلاقية ، مع أن المبدأ فى هذا المجال من العلاقات هو تحقيـــق الستر والتوبة ، فبين العلماء عند الكلام عن أداء الشهادة أن الشـــاهدين مخيرين بين الستر والإظهار فى الشهادة فى الحدود ، أى العقوبات التى حددها الشرع حقا لله عز وجل ، كعقوبة الزنا وعقوبـــة الســـرقة ، لأن إقامة الحدود حسبة ، والستر على المسلم أيضا حسبة ، والستر أفضل ، [illegible] الرسول ﷺ لهزال فى قضية ماعز الذى اعترف للرســـول ﷺ [illegible]زنا : " لو سترته لكان خيرا لك "

---

(1) مغنى المحتاج لمحمد الشربينى الخطيب جـــ٤ص ٣٩٨ .

لكن العلماء قالوا فى السرقة : يجب على الشاهد أن يشهد بالمـــال فيقول : فلان أخذ المال ، لكى يحفظ حق المسروق منـــه ، واســـتحبابا لايقول : فلان سرق لكى يصون يد السارق عن القطع ، وبهذا يكـــون جمع بين الستر والإظهار [١].

وإذا كان من المسلم به أن للزوج حقا فى أن يكون مطمئنـــا مـــن ناحية ثبوت نسب الطفل إليه ، فإننا فى نفس الوقت لسنا مكلفين بالتفتيش عن خبايا علاقات البيوت لنعرف إن كان هؤلاء الأطفال الذين ولدوا فى هذا المنزل ينتسبون فعلا إلى زوج هذه المرأة أم لا ، والبـــاب مفتـــوح أمام الزوج إذا ظهرت له قرائن قوية تدل على سوء ســـلوك زوجتـــه واطمأن ضميره إلى أن هناك علاقة شائبة بين زوجته وأحـــد الرجـــال كأن شاهد رجلا فاجرا يدخل ويخرج من عند امرأته ، فله أن يلجأ إلـــى الاختبار الوراثى ويتصرف حسب ما يترجح له ، إما أن يلاعن وينفـــى الولد أو يفعل ذلك اطمئنانا إلى أنه لا يرقى ما يفكر فيه إلـــى مرتبـــة اليقين أو الظن الغالب [٢] ، عاملا بإحسان الظن بقدر ما يستطيع إلا إذا ظهر خلافه .

فلا حاجة تدعو — إذن — إلى التفتيش عن أسرار البيوت لالتقـــاط ما قد يكون من مخالفات شرعية داخل بعض هذه البيوت ، فلسنا مكلفين بالدخول إلى حجرات النوم للتعرف على هوية كل رجل وامرأة ينامـــان فى سرير واحد ، لأن الشرع بين أن لنا الظاهر والله يتولى الســـرائر ، ومنع من التلصص ، واستراق أسرار الناس .

---

(١) اللباب لعبد الغنى الغنيمى فى شرح الكتاب ، لأحمد بن محمد القدورى جـــ ٤ ص ٥٤ .

(٢) نقل الصنعانى أن علماء الشافعية يرون أنه إذا كان هنـــاك اختـــلاف الألـــوان المتقاربة كالسمرة والأدمة بين الزوج والمولود ولم ينضم إلى ذلك قرينـــة أى دليل على حدوث الزنا لم يجز للزوج أن يقدم على نفى المولود ؛ وأن الحنابلـــة يرون جواز نفى الولد مع وجود القرينة مطلقا ، وخلاف العلماء إنما هو عنـــد عدم وجود القرينة هل يجوز إقدام الزوج على نفى الولد أم لا ؟ ســـبل الســـلام للصنعانى جـــ ٣ ص ١٩٦ .

الوسيلة التاسعة من وسائل الإثبات
القرعـــــــــة

يبين العلماء أن القرعة من طرق الأحكام ، قال بذلك الأئمة الأربعة ويؤيد هذا الرأى أن الله تبارك وتعالى أخبر بها عن أنبيائه ، مقررا لحكمها ، غير ذام لها ، وفعلها رسول الله ﷺ ، وأصحابه من بعده ، قال عز وجل : ﴿ **ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك ، وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون** ﴾ (١) ، قال قتادة : كانت مريم ابنة إمامهم وسيدهم ، فتشاح عليها بنو إسرائيل ، فاقترعوا عليها بسهامهم ، أيهم يكفلها ، فقرع زكريا وكان زوج أختها ، فضمها إليه .

وقال تبارك وتعالى : ﴿ **وإن يونس لمن المرسلين ، إذ أبق إلى الفلك المشحون ، فساهم فكان من المدحضين** ﴾ (٢) ، أى فقارع فكان من المغلوبين ، أى وقعت القرعة عليه.

فهذا هو شرع من قبلنا ، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يوجد فى شريعتنا ما يلغيه (٣).

وإذا انتقلنا إلى السنة وجدنا فيها ما يؤكد ذلك أيضا ، ففى الصحيحين عن أبى هريرة ﷺ ، قال : قال رسول الله ﷺ : " لو يعلم

---

(١) سورة آل عمران ، الآية رقم ٤٤ .

(٢) سورة الصافات ، الآية رقم ١٣١ .

(٣) المراد بشرع من قبلنا الأحكام التى شرعها الله تعالى للأمم السابقة بواسطة رسله عليهم الصلاة والسلام الذين أرسلهم إلى هذه الأمم ، كسيدنا إبراهيم وموسى وعيسى عليهم الصلاة والسلام .

الناس ما فى النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا " .

وفى الصحيحين عن عائشة – رضى الله تعالى عنها – أن النبى ﷺ كان إذا أراد سفرا أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه .

وفى الصحيحين عن عبد الله بن رافع مولى أم سلمة ، عن أم سلمة قالت : أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان فى مواريث لهما ، لم تكن لهما إلا دعواهما ، فقال : إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن [1] بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا ، فإنما أقطع له قطعة من النار " ورواه أبو داود فى السنن ، وفيه " فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقى لك ، فقال لهما النبى ﷺ أما [2] إذ فعلتما ما فعلتما ، فاقتسما وتوخيا الحق [3] ، ثم استهما [4] ، ثم تحالا " .

فالسنة إذن قد جاءت بالقرعة ، كما جاء بها القرآن الكريم ، وفعلها أصحاب رسول الله ﷺ ، قال البخارى فى صحيحه : " ويذكر أن قوما اختلفوا فى الأذان ، فأقرع بينهم سعد " [5].

---

(١) ألحن : أى أفطن وأعرف ، ويجوز أن يكون معناه : أفصح تعبيرا عنها وأظهر احتجاجا فربما جاء بعبارة تخيل إلى السامع أنه محق ، وهو فى الحقيقة مبطل ، والأظهر أن يكون معناه أبلغ ، كما فى رواية فى الصحيحين أى أحسن إيرادا للكلام نيل الأوطار ، جـ ٥ ، ص ٣٧٧ .

(٢) أما بتخفيف الميم ، قال بعض العلماء : يحتمل أن تكون بمعنى حقا وكلمة إذ تفيد التعليل نيل الأوطار ، جـ ٥ ، ص ٣٧٧ .

(٣) توخيا الحق : أى اقصدا الحق فيما تصنعان من القسمة .

(٤) استهما : أى ليأخذ كل منكما ما تخرجه القرعة من القسمة ليتميز سهم كل واحد منكما عن الآخر .

(٥) روى أنه تشاح الناس يوم القادسية فى الأذن ، فأقرع بينهم سعد بن أبى وقاص .

حجة المبطلين للقرعة :

خالف البعض فلم يعدوا القرعة طريقا من طرق الأحكام ، وقالوا إن القرعة قمار وميسر ، وقد حرمه الله فى سورة المائدة وهى من أواخر القرآن نزولا ، وإنما كانت مشروعة قبل ذلك ٠

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن الله ورسوله شرعا القرعة ، فأخبر الله سبحانه وتعالى عن أنبيائه مقررا لحكمها غير ذام لها ، وفعلها رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده ، وقد صانهم الله ـ سبحانه وتعالى ـ عن القمار بكل طريق ، فلم يبح الله عز وجل لعباده القمار قط ، ولا جاء به نبى أصلا [١].

موضع القرعة :

قال العلماء : متى تعينت المصلحة أو الحق فى جهة فلايجوز الإقراع بينه وبين غيره ، لأن القرعة حينئذ ضياع ذلك الحق المعين والمصلحة المتعينة ، ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد ، والرضا بما جرت به الأقدار [٢].

---

(١) الطرق الحكمية ، ص ٣٣٥ وما بعدها ٠

(٢) تبصرة الحكام ، جـ ٢ ، ص ١٠٦ ٠

الوسيلة العاشرة

قضاء القاضى بعلمه أو بخلاف علمه

هنا مسألتان : قضاء القاضى بخلاف علمه ، وقضاء القاضى بعلمه فأما المسألة الأولى وهى قضاؤه بخلاف علمه ، كما لو شهد شـــاهدان بزوجية بين اثنين وهو يعلم أن بينهما محرمية برضاع مثلا ، أو طلاقـا بائنا ، فقد نقل الإمام النووى إجماع العلماء على عـدم جـواز قضـاء القاضى بخلاف علمه ، فلا يقضى بالبينة (الشهود) فى ذلك ، لأنه لـو قضى بها لكان قاطعا ببطلان حكمه بها حينئذ ، والحكم بالباطل حرام ، وإن كان بعض فقهاء الشافعية قد اعترض على النـووى فـى دعـواه الإجماع برأى لبعض الفقهاء من الشافعية حكاه الماوردى بأنـه يحكـم القاضى بالشهادة المخالفة علمه [1] .

وعلى هذا فالجمهور من فقهاء الشافعية ـ وليس كلـهم ـ يـرون عدم جواز قضاء القاضى بخلاف علمه ، وخالف فى هذا صاحب الرأى الذى حكاه الماوردى ويرى الشافعية أنه كما لا يحكم بخلاف علمه فـى هذه الحال لا يحكم أيضا بعلمه لمعارضة البينة (الشـهود) لـه ، مـع عدالتها فى الظاهر ، بل يجب على القاضى أن يتوقف عن الحكم حتـى يظهر فسق الشهود ، فيحكم بعلمه أو نحو ذلك كرفع الدعوى إلى قـاض آخر غيره [2] .

---

(١) مغنى المحتاج ، لمحمد الشربينى الخطيب ج ٤ ص ٣٩٨ .

(٢) حاشية الشرقاوى على التحرير ، ج ٢ ص ٤٩٥ .

وأما المسألة الثانية ، وهى قضاؤه بعلمه [1] فسنفصل الكلام عنها بعض التفصيل فنقول : اختلف علماؤنا رضى الله تعالى عنهم فى قضاء القاضى بعلمه على عدة آراء نذكر ثلاثة منها :

أحدها : لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه لا فى الحدود ولا فى غيرها ، لا فيما علمه قبل توليته القضاء ولا بعده ، وهذا ما يراه شريح والشعبى ، ومالك وأكثر أصحابه وإسحاق بن راهويه ، وأبو عبيد ، وهو قول للشافعى يعد غير قوى عند الشافعية ، وهذا الرأى أيضاً ظاهر المذهب فى فقه "الحنابلة " .

هذا ، وقد نسب ابن قدامة ــ الفقيه الحنبلى المعروف ــ إلى محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة القول بأن القاضى لا يحكم بعلمه [2] ، لكننا نجد الحنفية يصرحون فى كتابهم بأن محمد بن الحسن يقول بأن القاضى له أن يحكم بعلمه فى حقوق العباد ، بل فى الوقت الذى نجد فيه فقهاء الحنفية يحكون عن أبى حنيفة ﷺ ــ أنه يشترط لقضاء القاضى بعلمه فى حقوق العباد أن يكون ذلك فى زمن ولايته ، ومحلها ، نراهم ينقلون عن صاحبيه أبى يوسف ومحمد بن الحسن أنهما يريان صحة قضاء القاضى بعلمه قبل ولايته ، وفى غير محلها [3] والحنفية أدرى بآراء أئمتهم .

والرأى الثانى : يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه ، وهو ما يراه أبو ثور ، وأبو يوسف والقول الراجح عند الشافعية للشافعى قال الربيع المرادى : كان الشافعى يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء ، وقد حرر أصحاب الشافعى المذهب بأن القولين للشافعى فى

---

(١) علم القاضى قد يكون حصل بالمعاينة ، أو بسماع الإقرار ، أو بمشاهدة الأقوال .

(٢) المغنى ج ١١ ص ٤٠٠ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ، ج ٢ ص ١٢١ .

غير الحدود ، وأما فى الحدود فلا يجوز القضاء بعلم القاضى بأسبابها قولا واحدا [1] ويرى أحمد أيضا فى رواية ثانية عنه صحة قضاء القاضى بعلمه .

وقد اشترط فقهاء الشافعية أن يكون القاضى مجتهدا لكى يصح قضاؤه بعلمه ، لا أن يكون قاضى ضرورة كما هو موجود الآن ، وبينو أنه من المستحب أن يكون ظاهر التقوى والورع ، واشترطوا أن يصرح القاضى بما استند إليه حتى ينفذ حكمه ، فيقول : علمت أن له عليك ما ادعاه ، وقضيت أو حكمت عليك بعلمى ، واشترطوا أيضا أن يكون القضاء فى غير عقوبة الله تعالى ، وأن لا تقوم بينة (شهود) بخلافه ، وإلا فلو قامت بينة بخلاف علمه ، توقف عن الحكم كما سبق أن بينا ، فلو شهد عنده شاهدان بزواج امرأة وهو يعلم بينونتها من زوجها فلا يحكم بالبينة ولا يحكم كذلك بعلمه ، بل يتوقف ، فالشروط ـ إذن ـ عند الشافعية لقضاء القاضى بعلمه أربعة :

١ـ أن يكون القاضى مجتهدا فلو كان قاضى ضرورة امتنع عليه القضاء بعلمه ، فلو قال : قضيت بحجة شرعية أوجبت الحكم بذلك وطلب منه بيان مستنده لزمه أن يبين ما استند إليه ، فإن امتنع قاضى الضرورة من ذلك فلا يعمل بقضائه [2] .

٢ـ أن يكون القضاء فى غير عقوبة الله تعالى .

٣ـ أن لا تقوم بينة بخلاف علمه .

٤ـ أن يصرح بمستنده ، فيقول علمت أن له عليك ما ادعاه وقضيت أو حكمت عليك بعلمى .

---

(١) محاضرات فى علم القاضى والقرائن وغيرها ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٨ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، وحاشية الشرقاوى على التحريـر ، ج ٢ ص ٤٩٥ .

الرأى الثالث : ما يراه أبو حنيفة ، وهو أن ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه ، كحد الزنا ، وحد الخمر ، وحد السرقة ، وأما حقوق الآدميين كالدية وضمان المسروق ، والزواج والطلاق وما يتعلق بهما ، والبيع والهبة ، ونحو ذلك ، مما علمه قبيل ولايته ، أو فى غير محل ولايته لا يقضى به ، وما علمه فى زمن ولايته ومحلها قضى به (١) .

أدلة الرأى المانع لقضاء القاضى بعلمه :

أولاً : ما روى عن أم سلمة أن النبى ﷺ قال : " إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض (٢) فأقضى بنحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار " (٣) .

فدل هذا الحديث الشريف على أنه ﷺ ، إنما يقضى بما يسمع لا بما يعلم .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن التنصيص على السماع ، لا ينفى كون غيره طريقاً للحكم ، بل يمكن أن يقال إن هذا الحديث أظهر فى الاحتجاج للقائلين بجواز قضاء القاضى بعلمه ، فإن العلم أقوى من السماع ، لأنه يمكن بطلان ما سمعه الإنسان ولا يمكن بطلان ما يعلمه (٤) .

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ، ص ١٢١ ، والاختيار لتعليل المختار ، ج ٢ ص ١٢١ .

(٢) ألحن أى أفطن بها ، ويجوز أن يكون معناه أفصح تعبيراً عنها ، وأظهر احتجاجاً حتى يخيل أنه محق وهو فى الحقيقة مبطل ، قال الشوكانى والأظهر أن معناه أبلغ كما وقع فى رواية الصحيحين أى أحسن إيرادا للكلام نيل الأوطار ج ٩ .

(٣) نيل الأوطار ج ٩ ص ١٨٥ .

(٤) نيل الأوطار ج ٩ ص ١٩٨ .

ثانيا : ما روته عائشة رضى الله تعالى عنها أن النبى ﷺ بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقا [1] فلاحاه رجل فى صدقته ، فضربه أبو جهم فشجه [2] فأتوا النبى ﷺ فقالوا : القود [3] يا رسول الله ، فقال : لكم كذا وكذا ، فلم يرضوا ، فقال : لكم كذا وكذا ، فرضوا ، فقال : إنى خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم قالوا : نعم ، فخطب فقال : إن هؤلاء الذين أتونى يريدون القود فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا ، ، أفرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهم المهاجرون بهم ، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يكفوا عنهم ، فكفوا ، ثم دعاهم فزادهم ، فقال : أفرضيتم ؟ قالوا نعم ، قال : إنى خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم ، قالوا : نعم ، فخطب فقال : أرضيتم ؟ فقالوا : نعم " رواه الخمسة إلا الترمذى [4] .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بأن ليس فيه إلا مجرد وقوع الإخبار من الرسول ﷺ بما حصل به الرضا من المطالبين بالقصاص ، وإن كان المانعون للقضاء بعلم القاضى قد احتجوا بعدم قضاء الرسول ﷺ على هؤلاء المطالبين بالقصاص بما بما رضوا به فى المرة الأولى ، فلم يكن هناك مطالب له بالحكم عليهم [5] .

ثالثا : ما روى عن أبى بكر الصديق رضي الله عنه عنه أنه قال : لو رأيت حدا [6] على رجل لم أحده حتى تقوم البينة .

---

(١) المصدق بتخفيف الصاد وتشديد الدال مكسورة — هو الذى يأخذ صدقات الإبل والبقر والغنم .

(٢) شجه أى أحدث به شجة ، والشجة الجراحة التى تكون فى الوجه أو فى الرأس

(٣) أى القصاص

(٤) نيل الأوطار ، ج ٩ ص ١٩٥ ، والخمسة هم : أحمد ، والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجة ، وأبو داود .

(٥) المصدر السابق ، ج ٩ ص ١٩٨ .

(٦) أى لو رأيت ما يستوجب الحد .

ويمكن أن يرد على هذا بأنه قول صحابى ولا حجة فى أقوال الصحابة .

رابعاً : قول الرسول ﷺ فى قضية الحضرمى والكندى : " شاهداك أو يمينه " وفى لفظ " وليس لك إلا ذلك " [١] .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن التنصيص على ما ذكر لا ينفى ما عداه .

وأما قول الرسول ﷺ " وليس لك إلا ذلك " فلم يقله النبى ﷺ وقد علم بالمحق منهما من المبطل حتى يصح الاستدلال به على عدم قضاء القاضى بعلمه ، بل المراد أنه ليس للمدعى تجاه المنكر إلا اليمين وإن كان فاجرا إذا لم يكن للمدعى برهان [٢] .

خامساً : ما روى عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : " لولا أن يقول الناس زاد عمر آية فى كتاب الله لكتبت آية الرجم " .

فقول عمر : " لولا أن يقول الناس " إلى آخره إشارة إلى أن ذلك من قطع الذرائع ، لئلا يجد حكام السوء السبيل إلى أن يدعوا العلم لمن أحبوا له الحكم بشئ [٣] .

مناقشة هذا الدليل :

يمكن أن نجيب بأن مثل هذا لا يصح التسليم بروايته عن عمر ، فمعنى هذا أن عمر كان يرى أن القرآن ينقصه آية يجب أن تكتب فيه ، إلا أن تخوفه من كلام الناس واتهامه بأنه زاد آية فى كتاب الله منعه من ذلك ، وهذا كلام خطير جدا لا يصح التسليم بثبوته عن عمر أو غيره

---

(١) نيل الأوطار ، ج ٩ ص ١٩٨ ، والمغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٠ ـ ٤٠٢ .
(٢) نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٩٨ .
(٣) المصدر السابق ، ج ٩ ص ١٩٦ .

من صحابه رسول الله ﷺ ورضى عنهم ، فنحن نؤمـن والمسلمون جميعاً يجب عليهم أن يؤمنوا بأنه لا يوجد فى القرآن آية ناقصة ، لأن الله تبارك وتعالى قد تكفل بحفظه ، فقال سبحانه : ﴿ **إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون** ﴾ فلو كان عمر يجد آية لكتبها ، من غير تودد ولم يأبه لكلم الناس ، لأن كلام الله ﷻ لا يتوقف فى إثباته على رضا أحد أو عدم رضاه .

ولعل مما يشير إلى ضعف هذا الأثر أن رواية البخارى لعقوبة رجم الزانى المحصن عن عمر لم يرد فيها أن عمر امتنع عن كتابة آية الرجم خشية أن يقول الناس زاد عمر آية فى كتاب الله ، فقد روى البخارى فى باب الاعتراف بالزنا ، قال : حدثنا على بن عبد الله ، حدثنا سفيان [1] عن الزهرى عن عبيد الله [2] ، عن ابن عباس ﷺ ، قال : قال عمر : لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل : لا نجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ، ألا وإن الرجم حق على من زنى وقد أحصن ، إذا قامت البينة ، أو كان الحمل ، أو الاعتراف " [3] .

أدلة الرأى القائل بصحة قضاء القاضى بعلمه :

أولاً : حديث هند زوج أبى سفيان ، لما قالت لرسول ﷺ : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى ، قال لها ﷺ: " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف " .

ووجه الاستدلال أن رسول ﷺ قضى لها ولولدها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها .

---

(١) سفيان بن عيينة .

(٢) عبيد اللع بن بن عبد الله بن عتبة .

(٣) فتح البارى ، ج ١٢ ص ١٣٧ ، وقد تكلمنا فى هذه المسألة قبل ذلك عند الكلام عن حكم العمل بالقرائن فى الحدود .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن الحديث لا يدل على جواز قضاء القاضى بعلمه ، لأنه فتيا وليس حكما ، وكلام المفتى يتنزل على تقدير صحة المستفتى ، فيكون المعنى : إن صح كلام هند كان لها أن تأخذ من مال زوجها وولدها بالمعروف ، والذى يدل على أن الحديث فتيا أن الرسول ﷺ قال ذلك فى حق أبى سفيان من غير حضوره ، ولو كان حكما عليه ، لاستدعاه ولم يحكم عليه فى غيابه [1] .

ثانيا : ما رواه ابن عبد البر فى كتابه أن عروة ومجاهدا رويا أن رجلا من بنى مخزوم استعدى [2] عمر بن الخطاب على أبى سفيان بن حرب أنه ظلمه حدا فى موضع كذا وكذا ، وقال عمر : " إنى لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان ، فأئتنى بأبى سفيان ، فأتاه به ، فقال له عمر: يا أبا سفيان انهض بنا إلى موضع كذا وكذا ، فنهضوا ، ونظر عمر وقال : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من هنا فضعه ههنا ، فقال : والله لا أفعل ، فقال : والله لتفعلن ، فقال : والله لا أفعل ، فعلاه بالدرة [3] ، وقال : خذه ، لا أم لك فضعه ههنا ، فإنك ــ ما علمت ــ قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر ، ثم إن عمر استقبل القبلة فقال : اللهم لك الحمد حيث لم تمتنى حتى غلبت أبا سفيان على رأيه ، وأذللته لى بالإسلام ، فاستقبل القبلة أبو سفيان ، وقال : اللهم لك الحمد إذ لم تمتنى حتى جعلت فى قلبى من الإسلام ما أذل به لعمر .

فهذا الأثر يبين أن عمر قد حكم بعلمه .

---

(١) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٢ ، ٤٠٣ .

(٢) فى المصباح : واستعديت المير على الظالم طلبت منه النصرة ، فأعدانى عليه أعاننى ونصرنى ، فالاستعداء طلب التقوية والنصرة .

(٣) الدرة بكسر الدال : السوط .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن ما روى عن عمر كان إنكارا منه لمنكـــر رآه ، ولم يكن حكماً ، يدل على ذلك أنه لم توجد من الطرفين دعوى وإنكـــار بشروطهما .

ثم لو فرضنا أن ذلك كان حكماً من عمر فإنه يعارضه مـــا روى عن عمر أنه تداعى عنده رجلان ، فقال له أحدهمـــا : أنـــت شـــاهدى فقال : إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد [1] .

ثالثاً : القاضى يحكم بالشاهدين لأنهما يعطيانه ظناً غالباً بصحة ما شهدا به ، فيكون ما تحققه القاضى وقطع به أولى بالحكم [2] .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن القضاء بالشاهدين لا يؤدى إلى تهمة بخـــلاف قضاء القاضى بعلمه فإنه يوجد تهمة ، إذ لا يؤمـــن علـــى التقـــى أن تتطرق إليه التهمة ، فمن المحتمل أن يكون هذا وسيلة إلـــى أن توجـــه القاضى أهواؤه ، فيحكم على من يشاء من غير بينة ، ولا غيرها مـــن الحجج [3] .

رابعاً : القاضى يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم ، فكذلـــك يحكم بعلمه فى ثبوت الحق ، قياساً عليه .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن الجرح والتعديل يحكم القاضى فيه بعلمه باتفـــاق العلماء ، لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لأدى هذا إلى التسلسل ، والتسلســل باطل ، وبيان التسلسل أن القاضى يحتاج إلى معرفة عدالة المزكييـــن وجرحهما ، فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزكيين ، ثـــم

---

(١) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٢ .

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ج ٥ ص ، ص ٣٤٩ ، وبداية المجتهد ، ج ٢ ص ٥٨٧ .

(٣) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٣ .

كل واحد من الأخيرين ، يحتاج أيضا إلى مزكبين ، وهكذا يحدث التسلسل وأما مسألتنا فبخلاف ذلك [1] .

التعليل لرأى أبى حنيفة :

أما جواز قضائه بما علمه من حقوق الآدميين فى زمن ولايته ومحلها ، فلأن علمه كشهادة الشاهدين بل هو أولى ، لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة والسماع ، والحاصل بالشهادة ليس إلا غلبة الظن .

وأما عدم جواز قضائه بما علمه قبل ولايته ، أو فى غير محل ولايته فلأنه قبل ولايته ، وفى غير محل ولايته شاهد لا حاكم ، وشهادة الفرد لا تقبل ، وصار كما لو كان قد علم ذلك بالبينة العادلة ثم ولى القضاء فإنه لا يعمل بها .

وأما حقوق الله ﷻ فلا يقضى فيها بعلمه ، لأنه خصم فيها ، فالحاكم نائب عن الله تبارك وتعالى فى تنفيذ حقوقه ﷻ [2] .

دليل من استثنى الحدود :

استدل من استثنى الحدود ــ كالزنا والسرقة ، وقطع الطريق ، وشرب الخمر ــ من القضاء بعلم القاضى بما يأتى :

أولا : ما رواه أحمد وأبو داود عن ابن عباس ﷺ قال : جاء هلال ابن أمية وهو أحد الثلاثة الذين خلفوا ، فجاء من أرضه عشاء ، فوجد عند أهله رجلا .. ، فذكر حديث تلا عنهما إلى أن قال : ففرق النبى ﷺ بينهما ، وقال : " إن جاءت به أصيهب [3]

---

(1) المصدر السابق ، ج ١١ ، ص ٤٠٣ .

(2) الاختيار لعليل المختار ج ٢ ص ١٢١ ، ١٢٢ .

(3) أصيهب تصغير أصهب ، والأصهب من الرجال : الأشقر ، ومن الإبل الذى يخالط بياضه حمرة .

أريسح [١] ، حمش الساقين [٢] ، فهو هلال ، وإن جاءت بـه أورق [٣] ، جعدا [٤] جماليا [٥] ، خدلج الساقين [٦] ، سابغ الأليتين [٧] ، فهو للـــذى رميت به " ، فجاءت به أورق جعدا ، جماليا ، خدلج الســـاقين ســـابغ الأليتين ، فقال رســـول الله ﷺ : " لـــولا الأيمـــان لكـــان لـــى ولـــها شأن " [٨] .

فظاهر هذا الحديث أن الرسول ﷺ قد علم وقوع الزنا من المـــرأة ولم يحكم بعلمه .

مناقشة هذا الدليل :

أجاب الشوكانى عن هذا الاستدلال بقولـــه : ويمكـــن أن يجـــاب عن الحديث بأن النبى ﷺ إنما لم يعمـــل بعلمـــه لكونـــه قـــد حصـــل التلاعن ، وهو أجد الأسباب الشرعية الموجبـــة للحكـــم بعـــدم الرجـــم والنزاع إنما هو فى الحكم بالعلم مـــن دون أن يتقـــدم ســـبب شـــرعى ينافيـــه [٩] .

---

(١) أريسح تصغير أرسح ، وروى بالصاد بدلا من السين ، ويقـــال أيضـــا : الأرصـــع بالصاد والعين .

(٢) وهو ضعيف لحم الفخدين والأليتين .

قال أهل اللغة : حمش الرجل حمشا صار دقيق الساقين .

(٣) الأورق : الأسمر .

(٤) جعد الشعر بضم العين وكسرها ـ جعودة : إذا كان فيه التواء وتقبض ، فهو جعـــد وذلك خلاف الشعر المسترسل .

(٥) جماليا ـ بضم الجيم وتشديد الميم ـ هو العظيم الخلق كأنه الجمل .

(٦) خدلج ـ بفتح الخاء والدال وتشديد اللام مع الفتح ـ أى ضخم .

(٧) يقال : إليه سابغة أى طويلة .

(٨) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٧٠ .

(٩) نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٩٩ ـ ٢٠٠ .

ثانيا : استدل أيضا من قال باستثناء الحدود من القضاء بعلم القاضى بأن الحدود تدرأ بالشبهات كما هو القاعدة الشرعية ، ويندب سترها [1] .

رأى الشوكانى وهو ما نختاره :

وقال الشوكانى بعد أن ذكر آراء العلماء فى مسألة قضاء القاضى بعلمه وجملة من أدلتهم : " والحق الذى لا ينبغى العدول عنه أن يقال : إن كانت الأمور التى جعلها الشارع أسبابا للحكم كالبينة ، واليمين ، ونحوها ، أمورا تعبدنا الله بها لا يسوغ لنا الحكم إلا بها ، وإن حصل لنا ما هو أقوى منها بيقين ، فالواجب علينا الوقوف عندها والتقيد بها ، وعدم العمل بغيرها فى القضاء كائنا ما كان ، وإن كانت أسبابا يتوصل الحاكم بها إلى معرفة المحق من المبطل ، والمصيب من المخطئ ، غير مقصودة لذاتها بل لأمر آخر وهو حصول ما يحصل للحاكم بها من علم أو ظن ، وأنها أقل ما يحصل له فى الواقع ، فكان الذكر لها لكونها طرائق لتحصيل ما هو المعتبر ، فلا شك ولا ريب أنه يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه ، لأن شهادة الشاهدين والشهود لا تبلغ إلى مرتبة العلم الحاصل عن المشاهدة ، أو ما يجرى مجراها ، فإن الحاكم بعلمه غير الحاكم الذى يستند إلى شاهدين أو يمين ، ولهذا يقول المصطفى ﷺ " فمن قضيت له بشئ من مال أخيه فلا يأخذه ، إنما أقطع له قطعة من نار " .

فإذا جاز الحكم مع تجويز كون الحكم صوابا وتجويز كونه خطأ فكيف لا يحوز مع القطع بأنه صواب لاستناده إلى العلم واليقين .

---

(١) مغنى المحتاج ، ج ٤ ص ٣٩٨ .

ولا يخفى رجحان هذا وقوته ، لأن الحاكم به قد حكم بالعدل والقسط والحق كما أمر الله تعالى .

ثم بين الشوكانى أن مما يؤيد هذا حديث الحضرمى والكندى فقد جاء رجل من حضرموت ورجل من كنده إلى النبى ﷺ فقال الحضرمى: يا رسول الله إن هذا قد غلبنى على أرضى كانت لأبى ، قال الكندى هى أرضى فى يدى أزرعها ليس له فيها حق ، فقال النبى ﷺ للحضرمى " ألك بينة " .. الحديث .

قال الشوكانى : فإن البينة فى الأصل ما به يتبين الأمر ويتضح ولا يرد على هذا أنه يستلزم قبول شهادة الواحد والحكم بها ، لأنا نقول : إذا كان القضاء بأحد الأسباب المشروعة فيجب فيه على ما ورد ، وقد قال الله تعالى : ﴿ **وأشهدوا ذوى عدل منكم** ﴾ ، وقال ﷺ " شاهداك " ، وإنما النزاع إذا جاء بسبب آخر من غير جنسها هو أولى بالقبول منها كعلم الحاكم " أ.هـ [1] .

فالشوكانى يؤيد الرأى القائل بجواز أن يقضى القاضى بعلمه ونرى ما يراه الشوكانى غير أنه احتياطاً فى هذه المسألة لابد من أن يكون القاضى عدلاً ، حتى يصح له أن يحكم بعلمه ، وأما لو فقدت العدالة فيمن يصلح لتولى القضاء ، فولى أفضل من توفرت فيه بقية الشروط فلا يصح لهذا أن يحكم بعلمه لأنه غير مأمون أن يدعى علماً بحدوث جرائم من أشخاص يريد أن يؤذيهم ، فيدعى مثلاً على رجل أنه شاهده يطلق زوجته طلاقاً ثالثاً ونحو هذا ، وقد صرح بعض العلماء بهذا ، قال الأذرعى أحد فقهاء الشافعية : " وإذا أنفذنا أحكام القاضى الفاسق للضرورة فينبغى أن لا ينفذ قضاؤه بعلمه بلا خلاف ، إذ لا ضرورة إلى

---

(١) نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٩٩ .

تنفيذ هذه الجزئية النادرة مع فسقه الظاهر ، وعدم قبول شهادته بذلك قطعا [1] .

وبعد ، فبهذا نكون قد انتهينا من الكلام عن وسائل الإثبات ، ونحب قبل أن ننتقل إلى مسألة أخرى ، أن نبين أن المجتمعات التى لم تعرف الإسلام كانت إلى ما قبل القرن الثالث عشر الميلادى تتبع وسائل فى الإثبات أقرب إلى الفوضى ولعب الأطفال ، فقد كان المطلوب من المدعى عليه أن يحمل حديدا محميا أو يغمس ذراعه فى زيت أو ماء مغلى ، أو يلقى فى حفرة فيها مجموعة من الثعابين ، فإن كان بريئا فإن العناية الإلهية ستنقذه ولا يصاب بأى أذى ، وأما لو أصيب بأذى فإن اتهامه يكون مقطوعا به ، كما أنه كان من الأدلة المتعارف عليها أن يحضر كل خصم ديكا ، فتتقاتل الديكة ، وينظر إلى الديك الغالب على أنه دليل على صدق دعوى صاحبه .

وفى القانون الرومانى كان حسن الصوت دليلا على ثبوت الحق لصاحبه ، وفى اليابان كان الشخص ينتحر أمام باب خصمه بشق بطن نفسه إذا لم يستطع التوصل إلى دليل يؤيد جانبه ، ومعنى ذلك إثبات الحق واستنزال غضب الآلهة على خصمه .

كانت هذه الوسائل تتبع فى الفصل فى الخصومات فى الوقت الذى كانت أنوار الشريعة الإسلامية قد سطعت منذ خمسة قرون على البلاد الإسلامية ، وأرسيت مبادئ العدل والحق والمساواة أمام القانون [2] .

هذا وسننتقل الآن إلى الكلام عن مسألة قوية الصلة بالدعوى وهى هل يجوز فى بعض الحالات استيفاء الحق بدون قضاء ؟ سنبين فيما

---

(١) مغنى المحتاج ، ج ٤ ص ٣٩٩ .

(٢) من وسائل الإثبات فى الشريعة وفى القانون ، للدكتور أحمد عبد المنعم البهى ، ص١٥ ، ١٦ .

يأتى آراء العلماء ، وما تستند إليه آراؤهم ونرجح بمشيئة الله تعالى ما أولى بالترجيح ٠

استيفاء الحق بدون قضاء :

قبل أن نبين آراء علمائنا ﷺ ــ فى هذه المسألة التى تعرف فى الفقه الإسلامى بمسألة الظفر ، نحب أن نوضح أن العلماء قد اتفقوا على أنه إذا كان من عليه الحق مقرا به باذلا له فلا يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله إلا المقدار الذى يعطيه ، فإن أخذ من ماله شيئا بغير إذنه لزمه أن يرده إليه حتى لو كان قدر حقه ، لأنه لا يجوز أن يملك عينا من أعيان ماله من غير رضا منه لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه ، لأن الإنسان قد يكون له غرض فى العين ٠

وكذلك اتفق العلماء على أنه إذا كان من عليه الحق مانعا له لوجود أمر يبيح له المنع ، كالتأجيل فى الدين ، والإعسار ، لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ شيئا من ماله فإن أخذ شيئا لزمه أن يرده إن كان لا يزال باقيا ، فإن كان قد تلف أن يرد له عوضه ٠

وإذا كان من عليه الحق قد منعه بغير حق ، وكان الدائن قادرا على استخلاص حقه عن طريق الحاكم أو القاضى ، فإنه لا يجوز له الأخذ أيضا مستقلا عن الحاكم أو القاضى أو من يقوم مقامهما ، وذلك لأن فى إمكانه أن يستوفى حقه بمن يقوم مقامه من حاكم أو غيره فكان كما لو كان قادرا على استيفائه عن طريق وكيله ٠

واختلف العلماء فيما إذا كان من له الحق لا يقدر على استيفاء حقه لكون من عليه الحق جاحدا له ، ولا توجد بينة مع صاحب الحق ، أو لكونه لا يجيبه إلى المحاكمة ، ولا يستطيع إجباره على ذلك ، أو نحو

هذا ، هل لصاحب الحق أن يأخذ قدر حقه بدون رفع للقاضى وبدون علم من كان الحق تحت يده ؟ أو ليس له ذلك ؟ وإليك الآراء والأدلة :

الرأى الأول : ليس لصاحب الحق أخذ قدر حقه ، وهذا هو المشهور فى المذهب الحنبلى ، وإحدى روايتين عن مالك .

الرأى الثانى : لصاحب الحق – إن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه – أن يأخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه ، وهذا ما يراه الشافعى ورأى متخرج فى الفقه الحنبلى مأخوذ من قول أحمد فى المرتهن : يجوز له أن يركب ويحلب بقدر ما ينفق على المرهون المركوب كالحصان أو المحلوب كالبقرة ، والمرأة تأخذ مؤونتها ، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا .

الرأى الثالث : إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ حقه ، وإن كان عليه دين لم يجز ، وهذا هو المشهور من مذهب مالك .

الرأى الرابع : أن من كان له دين على آخر ، وامتنع المدين عن الوفاء بالدين فللدائن أن يأخذ مقدار دينه من مال المدين لكن بشرط أن يكون هذا المال من جنس حقه وبنفس صفته ، وهذا ما يراه فقهاء الحنفية [1] .

أدلــــة الآراء :

دليل المجيزين : حديث هند زوج أبى سفيان حين جاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت : إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى ، فقال : " خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف " ، رواه البخارى ومسلم .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٢٦ ، وتكملة حاشية ابن عابدين ، ج ١ ص ٣٨٠ .

ووجه الدلالة من الحديث أنه إذا جاز للزوجة أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذى له الحق على الرجل أن يأخذ حقه .

وبين البغوى وجه الاستدلال من الحديث على أن من له حق على غيره يمنعه إياه وظفر من ماله بشئ جاز له أن يقتضى منه حقه ، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن ، ثم يبيع ماليس من جنس حقه فيستوفى حقه من ثمنه ، قال موضحا وجه الاستدلال : وذلك أنه معلوم أن منزل الرجل الشحيح لا يجمع كل ما يحتاج إليه أهله وولده من النفقة والكسوة ، وسائر المرافق التى تلزمه لهم ، ثم أطلق لها الإذن فى أخذ كفايتها ، وكفاية أولادها ، ولا يكون ذلك إلا بصرف غير جنس حقها فى تحصيل ماهو من جنس حقها [1] .

١ـ أجاب الإمام أحمد بأن حقها واجب عليه فى كل وقت ، وهذا إشارة من الإمام أحمد إلى وجود الفرق بين النفقة والدين ، فإن النفقة تحتاج في كل يوم ـ تجب فيه ـ إلى محاكمة ومخاصمة وفى هذا مشقة واضحة ، بخلاف الدين .

٢ـ فرق ابن قدامة بين النفقة والدين بفرقين :

أحدهما : أن للمرأة من التبسط فى مال زوجها بحكم العادة ما له تأثير فى إباحة أخذ الحق بالمعروف ، بخلاف الأجنبى .

الفرق الثانى : أن النفقة إنما هى لإحياء النفس ، وهذا مما لا يصبر عنه ، ولا سبيل إلى تركه ، فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين .

---

(١) شرح السنة ، للبغوى ج ٨ ص ٢٠٥ .

٣ـ فرق بعض الحنابلة بين النفقة والدين بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة ، فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه (١) .

ويمكن الرد على الإجابة الأولى بأن فرض المسألة هو إذا لم يستطع صاحب الحق أن يستوفى حقه بطريق القضاء أو غيره من طرق استيفاء الحقوق كالتحكيم ، فهو لا يستطع أن تحصيل على حقها بطوق القضاء ولو بمشقة .

ويمكن الرد على الفرق الأول من الفرقين اللذين فرق بهما ابن قدامة بين النفقة والدين ، بأننا لا نظن أن ما للمرأة من التبسط فى مال زوجها يبيح لها أن تأخذ من ماله لنفقتها ما يزيد عن المعروف ، فتساوت فى هذا مع صاحب الحق فى أنه أيضا لا يباح له أن يأخذ ما يزيد عن حقه .

وعلى الفرق الثانى بأنه قد لا يجد الدائن ما ينفقه على نفسه ومن يعوله إلا حقه الذى ظفر به ، وقد تكون هذه حال نادرة لكنها قابلة للحدوث ، فهل يباح له الظفر بحقه حينئذ أم لا ؟

وأما الرد على الإجابة الثالثة فيمكن أن يقال إنه إذا كان قيام الزوجية كقيام البينة فإن صاحب الحق يعتمد على أقوى من البينة ، وهو ثبوت حقه بينه وبين الله تعالى .

<u>أدلة المانعين :</u>

الدليل الأول : ما روى أن رسول الله ﷺ قال : " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك " رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

وجه الاستدلال أنه متى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه ، فيدخل فى عموم الخبر (٢) .

---

(١) المغنى ، ج ٩ ، ص ٣٧٧ ، وكشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٥١ .
(٢) المغنى ، ج ٩ ، ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، وكشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٥١ .

مناقشة الاستدلال بالحديث :

أولاً : لم يثبت هذا الحديث ، فقد قال فيه الشافعى هذا حديث ليس بثابت ، واستنكره أبو حاتم الرازى [1] .

ثانياً : على فرض ثبوت هذا الحديث فإنه لا يدل للمانعين لأن أخذ الحق من مال من ينكره ولا يرضى بأدائه ليس خيانة ، وإنما الخيانة أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً ومعنى الحديث : لا تخن من خانك بأن تقابله بخيانة مثل خيانته ، وهذا لم يخنه ، لأنه أخذ حق نفسه ، والأول يغتصب حق غيره [2] .

قال ابن حزم : ليس انتصاف المرء بحقه خيانة ، بل هو حق واجب ، وإنكار منكر ، وإنما الخيانة تعنى أن تخون بالظلم والباطل من لا حق لك عنده ، لا من افترض الله تعالى عليه أن يخرج إليك من حقك أو من مثله إن عدم جنسه " [3] .

أو كما قال البغوى : المراد من الحديث أن يخونه بعد استيفاء حقه بزيادة جزاء لخيانته ، فأما استيفاء قدر حقه فمأذون له فيه من جهة الشرع فى حديث هند ، فلا يدخل تحت النهى عن الخيانة [4].

---

(١) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ، لابن حجر ، ج ٣ ، ص ٩٧ ، شركة الطباعة الفنية ، ونظرية الدعوى للدكتور محمد نعيم عبد السلام ، القسم الأول ، ص ١٦٤ .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، ص ١٨٢ ، ونظرية الدعوى ، مصدر سابق ، القسم الأول ، ص ١٦٥ .

(٣) المحلى ، لابن حزم جـ ٨ ص ١٨٠ ـ ١٨٢ .

(٤) شرح السنة ، للبغوى أبى محمد الحسين بن مسعود الفراء . المكتب الإسلامى جـ ٨ انظر من ص ٢٠٣ ـ ٢٠٧ .

الدليل الثانى : ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه " ، وهذا لم يأخذ مال غيره بطيب من نفسه فيكون حراما [1] .

مناقشة هذا الدليل :

يمكن أن نجيب عن الاستدلال بهذا الحديث بأن الحديث ليس على إطلاقه ، بدليل أنه يجوز للشفيع أخذ المشفوع فيه بالثمن جبرا عن المشترى ويجوز انتزاع مال الظالم لتوفية مظالمه ، وانتزاع مال المدين المماطل لتسديد ديونه ، والحنابلة أنفسهم أجازوا أن ينتفع المرتهن بالركوب كالحصان والمحلوب كالبقرة بغير إذن الراهن نظير نفقته وبقدرها ، فكذلك هنا يجوز أخذ الحق جبرا عن المنكر له ما دام صاحب الحق لا يستطيع أن يصل إلى حقه بغير هذا من قضاء أو تحكيم أو غيرهما .

الدليل الثالث : أن الآخذ إما أن يأخذ من جنس حقه ، أولا ، فإن أخذ من غير جنس حقه ، فإن هذا يكون معاوضة بغير تراض وهى لا تجوز ، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه لأن التعيين إليه ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقول اقضنى حقى من هذا الكيس دون غيره ؟

مناقشة هذا الدليل :

من الممكن أن نجيب عن هذا بأنه إن أخذ من جنس حقه وإن كان معاوضة بغير تراض صح له ذلك ، لأن من عليه الحق ممتنع أصلا من أداء الحق ، فيكون أشبه بأخذ بدل المغصوب وإن كان من غير جنسه ، إذا هلك عند الغاصب ، لأن الممتنع من أداء الحق كالغاصب ،

---

(1) المغنى جـ ٩ ، ص ٣٢٧ ، وكشاف القناع جـ ٦ ص ٣٥١ .

وإلا فيمكن أن يقال : أخذ بدل المغصوب لا يجوز ، لأنه معاوضة بغير تراض ، ومثل هذا لا يصح قوله ٠

وأما القول بأنه ليس للدائن تعيين الحق بغير رضا صاحبه فهذا يسلم إذا كان من عليه الحق مستعداً لأداء الحق ، وأما إذا كان ممتنعاً فكيف يتحقق منه التعيين والتعيين إنما هو فرع الاعتراف بالحق والاستعداد لأدائه ، والمثال المذكور وهو عدم جواز اقضنى حقى من هذا الكيس دون هذا الكيس إنما يصح التمثيل به لو كان المدين معترفا بالحق مستعدا لأدائه ، لكن لو امتنع عن أداء هذا الحق فلا وجه للتمثيل بهذا المثال ٠

الرأى الراجح :

الرأى الذى نراه أولى بالترجيح هو الرأى القائل بالجواز بالشروط الآتية التى قال بها المالكية والشافعية ٠

شروط الجواز :

بين علماء المالكية والشافعية عدة شروط لابد من توافرها حتى يجوز لصاحب الحق أخذه من الجاحد له ، وإليك هذه الشروط :

الشرط الأول : أن يأمن وقوع فتنة ، من ضرب ، أو جرح ، أو حبس ، وما شابه ، ذلك ، فإن أدى أخذه للفتنة والشحناء فلا يجوز ذلك ٠

الشرط الثانى : أن يأمن حدوث رذيلة تنسب إليه ، فقد يضبط ويتهم بالسرقة ، أو الغصب ، فإذا أمن حدوث ذلك فقد تحقق هذا الشرط ٠

الشرط الثالث : أن يكون الحق فى غير عقوبة ، وأما إذا كان الحق عقوبة فلا يصح له أن يستوفيها بنفسه ، بل لابد أن يلجأ إلى الحاكم ،

فليس له أن يضرب من ضربه ، ولا يجرح من جرحه ، ولا يسب من سبه ، وهكذا [1] .

الشرط الرابع : إذا كان الحق ديناً فيشترط أن يكون الدين حالاً والمدين ممتنع من الأداء ، أما لو كان غير ممتنع من الأداء فله أن يطالبه بالدين ، ولا يحل له أن يأخذ شيئاً من ممتلكات المدين ، لأن المدين مخير فى دفع ما عليه من أى مال يشاء ، فليس للمستحق إسقاط حقه من ذلك إجباراً .

وعلى هذا فإن أخذه لم تثبت ملكيته له ، ولزمه أن يرده إلى صاحبه ، فإن تلف عنده ضمنه ، فإذا تساوى الحقان جاء التقاص .

الشرط الخامس : اشترط فقهاء الشافعية فى الحق إذا كان ديناً أن يكون ديناً لآدمى ، أما دين الله تعالى كالزكاة ، والكفارة ، إذا امتنع المالك من أدائها وظفر الفقير أو غيره من المستحقين للزكاة أو الكفارة بجنسها من ماله فليس له حق الأخذ [2] .

إن كان الحق منفعة :

بين فقهاء الشافعية أن المنفعة كالعين إذا كانت واردة على عين ، فله أن يستوفيها من هذه العين بنفسه إن توفرت الشروط المطلوبة فى الاستيفاء بدون القضاء ، وأما إن كانت المنفعة واردة على ذمة فهى كالدين ، فإن قدر على تخليصها بأخذ شئ من ماله فله ذلك بشروطه .

المأخوذ إما أن يكون من جنس حقه أو لا :

المأخوذ إذا كان من جنس حقه كما لو كان غصب منه قمحاً فوجد قمحاً للغاصب فأخذ منه مقدار المغصوب فإنه يتملكه بدلاً عن حقه .

---

(١) الشرح الصغير ، ج ٥ ص ٦٠ ، ٦١ .

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ .

وأما إن كان المأخوذ من غير جنس حقه فإنه يبيعه بنفسه مستقلاً ، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، وله أن يوكل شخصاً آخر فى بيعه .

هذا هو الرأى القوى فى فقه الشافعية ، ويوجد رأى آخر يقول بوجوب رفعه إلى قاض لبيعه فلا يبيع هو بنفسه مستقلا لأنه لا يصح أن يتصرف فى مال غيره لنفسه .

هذا الخلاف بين فقهاء الشافعية فى صورة ما إذا لم يطلع القاضى على الحال ، وأما لو كان القاضى مطلعاً عليها فلا يصح له أن يبيعه باتفاق فقهاء الشافعية .

المأخوذ مضمون عليه :

بين فقهاء الشافعية أن المأخوذ مضمون على الآخذ على الرأى الراجح من رأيين لفقهاء الشافعية .

وعلى هذا يكون ضامناً له إذا تلف قبل تملكه وبيعه بالأكثر من قيمته من حين أخذه إلى حين تلفه ، قياساً على الغاصب ، لأنه أخذه بغير إذن المالك لنفسه .

والرأى الثانى لفقهاء الشافعية أنه لا يضمنه إلا إذا فرط فى المحافظة عليه من التلف ، وعلل لهذا الرأى بأنه أخذه ليتوثق من حقه ، وليتوصل إليه كالمرتهن إذا أخذ المرهون ، وما دام الشارع قد أذن له فى الأخذ فإن إذن الشارع يقوم مقام إذن المالك .

وعلى الرأى الأول يحسن أن يبادر إلى بيع ما أخذه بحسب الإمكان فإن قصر فى ذلك فنقصت قيمته ضمن النقصان ، ولو انخفضت القيمة ارتفعت ، وتلف ، فالقيمة مضمونة عليه بالأكثر .

وبين الشافعية أن هذا الخلاف فيما لو تلف قبل أن يتمكن من البيع ، وأما إذا تمكن من البيع لكنه لم يفعل فإنه يضمن باتفاق الآراء عندهم .

وقال الشافعية أيضاً إن محل الخلاف بينهم فيما لو كان المأخوذ من غير جنس الحق ، أما لو كان المأخوذ من جنس حقه فإنه يضمنه ضمان يد بلا خلاف عندهم أيضاً ، لحصول ملكه بالأخذ عن حقه .

ومعنى كونه مضموناً عليه قبل بيعه أنه لو حصل في الشيء المأخوذ زيادة قبل البيع ، كما لو ولدت البقرة مثلاً كانت هذه الزيادة داخلة في ملك المأخوذ منه .

لا يأخذ المستحق فوق حقه إن أمكنه الاقتصار :-

بين العلماء أنه لا يجوز للمستحق أن يأخذ فوق حقه إذا كان يمكنه الاقتصار على قدر حقه ، لأن المقصود هو الحصول على الحق ، وقد حصل هذا المقصود ، فإن أخذ زيادة عن حقه كان ضامناً للمقدار الزائد لأنه تعدى بأخذ هذا المقدار الزائد .

أما إذا لم يمكنه أن يقتصر على قدر حقه ، بأن كان لم يتمكن إلا من الظفر بمتاع تزيد قيمته على حقه ، فله أن يأخذه ، وبين الشافعية أنه لا يكون ضامناً للزيادة ، لأنه لو لم يأخذها لحقه الضرر .

ثم إن كان يتعذر عليه أن يبيع قدر حقه فقط كان من حقه أن يبيع الجميع ، ويأخذ من الثمن مقدار حقه ، ويجب عليه أن يرد ما زاد عن مقدار حقه ، فيرد الزيادة على غريمه بصورة الهبة ونحوها لأن إعلام صاحب الحق لمن عنده الحق أن أخذ حقه دون علمه سيؤدي في الغالب إلى إثارة الغضب عند من عليه الحق ، ويزداد الخلاف والشقاق ، وقد

يقع الضرر ، والضرر ممنوع شرعا ، وما يؤدى إلى الممنوع يكـــون ممنوعا .

وأما إن كان لا يتعذر عليه أن يبيع قدر حقه فإنه يجــب عليـــه أن يبيع منه هذا القدر ، ووجب عليه أن يرد إلى غريمه ما زاد عن ذلك .

يرى الشافعية جواز أخذ مال غريم الغريم :

إذا كان لخالد مثلاً دين على أحمد ، ولأحمد على عمر مثله ، فــإن الشافعية أجازوا أن يأخذ خالد من مال عمر ما يســـتحقه علـــى أحمــد واشترطوا لذلك عدة شروط :

الأول : أن لا يكون مستطيعاً للظفر بمال الغريم .

الثانى : أن يكون غريم الغريم هو أيضاً جاحداً للحق ، أو ممتنعـــاً أيضاً كالغريم .

الثالث : أن يحيط الآخذ غريمه علماً **بأنه أخذ حقه من مال غريمـــه** حتى إذا طالبه الغريم بعد ذلك **كان هو الظالم** .

الرابع : أن يعلم غريم الغريم ، فيعلمه فيما بينه وبينه [1] .

وبهذا نكون قد انتهينا من مباحث الفصـــــل الثـــالث وننتقـــل الآن إلى الفصل الرابع الذى خصصناه للكلام عـــن أصـــول فـــى القضـــاء الإسلامى .

---

(١) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٦١ ، وما بعدها .

الفصل الرابع

أصول فى القضاء

ويشتمل على ما يأتى :

الأصل الأول : العدل بين الخصمين .

الأصل الثانى : البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

الأصل الثالث : حكم القاضى لا يحل حراما ولا يحرم حلالا.

الأصل الرابع : لا يقضى القاضى وهو غضبان .

الأصل الخامس: لا يقبل القاضى هدية ممن له خصومة فى الحال .

الأصل السادس: لا يقضى القاضى لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له .

الأصل السابع : الحكم بالاجتهاد الثانى للقاضى .

الأصل الثامن : جواز الطعن فى الأحكام .

أصول فى القضاء

سنتكلم بمشيئة الله تعالى فى هذا الفصل عن عدة أمور تعد أصولا فى القضاء ، بعضها متفق عليه بين العلماء ، وبعضها مختلف فيه ، وسنبين الاختلاف إن وجدناه فى شئ من هذه الأصول ، مدللين لآراء علمائنا رضى الله تعالى عنهم مرجحين بمشيئة الله تعالى ما نراه مستحقاً للترجيح .

وإليك الكلام عن هذه الأصول :

الأصل الأول : العدل بين الخصمين :

القاضى مأمور بالعدل والإنصاف بين المتحاكمين ، فيسوى بينهما فى الإذن بالدخول عليه معاً ، ولا يدخل أحدهما قبل الآخر ويرى بعض العلماء أن التسوية بينهما مستحبة في دخولهما عليه وإقباله عليهما ، واستماعه منهما ، ويرى ابن أبى الدم الفقيه الشافعى أن ذلك واجب عليه ، ويرى كراهية القيام لهما جميعاً ، قال : فإنه قد يكون أحدهما شريفاً ، والآخر وضيعاً ، فإذا قام لهما علم الوضيع أن قيامه للشريف ، وكذلك يعلمه الشريف فيزداد تيها ويزداد الوضيع كسراً وترك القيام لهما أقرب إلى العدل ، وأنفى للتهم [١] .

وقال ابن قدامة الفقيه الحنبلى المعروف : على القاضى العدل بين الخصمين فى كل شئ ، من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول

---

(١) أدب القضاء لإبراهيم بن عبد الله الهمدانى الحموى المعروف بابن أبى الدم ، ج ١ ص ٣٥٣ ، تحقيق ودراسة الدكتور محيى هلال السرحان .

عليه ، والالتفات إليهما ، والاستماع منهما وهذا قول شـــريح ، وأبـــى حنيفة ، والشافعى ، ثم قال ابن قدامة ولا أعلم فيه مخالفا [1] .

وصرح بعض العلماء بوجوب التسوية بين الخصمين فـــى القيـــام والجلوس ، والكلام ، والاستماع ، والنظر لهما حتى لو كـــان أحدهمـــا مسلما شريفا والآخر كافرا ، لكن بعضا آخر من العلماء يـــرى جـــواز رفع المسلم على الذمى [2] . وهو رأى غير مقبول ، لأننا مـــأمورون بحسن معاملتهم ، بل والبر بهم والعدل بيننا وبينهم .

الأصل الثانى : البينة على المدعى واليمين على من أنكر :

وهذا الأصل تكلمنا عنه سابقا بما فيه الكفاية عند الكلام عن نظـــام الفصل فى الدعوى ، ولا حاجة تدعونا إلى إعادة ما قلناه هنا ، فلـــيرجع إليه هناك .

الأصل الثالث : حكم القاضى لا يحرم حلالا ولا يحل حراما :

نبدأ الكلام فى هذا الأصل بسؤال هو : هل القضاء إظهار لحكم الله تبارك وتعالى ، أو هو إثبات لحكم المدعى به وإنشاء له ، أو بعبـــارة أخرى : إذا حكم القاضى فى قضية من القضايا بشـــئ للمدعـــى فـــهل يصبح هذا الشئ الذى قضى به حلالا للشخص الذى حكم له القـــاضى ، بصرف النظر عما إذا كان الشخص يستحق ما قضى به القاضى فـــى الواقع ونفس الأمر أم لا ؟ أم لابد لكى يكون الشئ الـــذى قضـــى بـــه القاضى حلالا أن يكون فى الواقع مستحقا له فيما بينه وبين الله تبـــارك وتعالى ؟

---

(1) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٤١ .

(2) الغاية القصوى فى دراية الفتوى ، لعبد الله بن عمر البيضاوى ، تحقيق على محيـــى الدين على القره داغى ، ج ٢ ، ص ١٠٠٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبـــير ، ج ٤ ، ص ١٤٢ .

هذه مسألة من المسائل التى اختلف العلماء فيها ، وقبل أن نبين ما يـراه علماؤنا ﷺ ، نحب فى البداية أن توضح الأمور التى يقضى فيها القـاضى ، لكى يكون ذلك مدخلاً لذكر آراء العلماء وأدلتها فى هذه المسألة .

الأمور التى يقضى القاضى فيها متنوعة وكثيرة نذكر منها هنا :

١ــ العقود ، كالزواج والبيع والإجارة والرهن وغير ذلك من العقود .

٢ــ الفسوخ ، والمراد بها كل ما يرفع حكـم العقـد ، وهـذا شـامل للطلاق .

٣ــ الأملاك المرسلة : أى المطلقة عن إثبات سبب الملك ، كأن ادعـى ملكا مطلقاً فى دار ، أو فى أرض ، أو فى طعام ، من غير تعييـن بشراء أو إرث .

٤ــ الأملاك غير المرسلة : أى التى ذكر لها سبب معيـن ، كـالزواج والبيع والإجارة .

ومن المقرر شرعا أن الشهادة ــ كما سبق بيانه ــ إحدى وسـائل الإثبات التى يحكم القاضى بمقتضاها ، ولابد من توفـر شـروط فـى الشهود لكى تصح الشهادة ، وقد تكلمنا عن هذه الشروط وذكرنـا آراء العلماء فى بعض الشروط المختلف فيها ، عند كلامنا عن البينة بوصفها إحدى وسائل الإثبات .

فإذا ظهر أن الشهود لم تتحقق فيهم الشروط المطلوبة شرعاً كـأن تبين أنهم كفار فى الشهادة على المسلمين فى غير الوصية فى السـفر فإنه ــ بإجماع العلماء ــ لا ينفذ حكم القاضى لا ظـاهرا ولا باطنـا ، ومعنى باطنا أى فيما بيننا وبين الله ــ تبارك وتعالى .

وأما إذا لم يظهر ما يمنع من قبول شهادة الشهود ، ولكنهم كـانوا فى الواقع شهود زور ، وطرفا القضية يعلمان أنهما شـهود زور ، ولا يعلم القاضى أنهما شهود زور فحكم بمقتضى شهادتهم بناء على ظنـه عدالتهم ، فهل حكم القاضى حينئذ ينفذ ظاهرا وباطنا ؟ أم أنه لا ينفذ إلا ظاهراً فقط ، وعلى طرفى القضية أن يتبعا ما هو فى الحقيقة وواقـع الأمر حسب علمهما ؟ .

هذه مسألة اختلف حولها العلماء كما ذكرنا ، وقد اتفقوا علـــى أن حكم القاضى لا ينفذ باطناً إذا كان الشهود شهود زور فيما يلى :

١ــ الأملاك المرسلة ، والدين الذى لم يبين سببه ، فلا ينفذ الحكـــم إلا ظاهرا فقط بإجماع العلماء ، لأنه لابد لثبوت الملك مـــن سـبب ، وأسباب الملك كثيرة ، ولا يمكن القاضى تعييـــن شـئ منـــها إلا بالحجة المثبتة لذلك ، فلم يكن القاضى مكلفاً بالقضاء بالملك وإنمـــا هو مكلف بأنه يقصر يد المدعى عليه عن الشئ المدعى ، وذلـــك نافذ منه ظاهرا، فأما أن ينفذ باطنا بمنزلة إنشاء جديـــد ، فليـس للقاضى القدرة عليه بلا سبب شرعى ، وعلى هذا لا يحل للمقضى له أن يستمتع بالجارية التى حكم له القاضى بملكيتها ولا يحل له أن يأكل مما حكم به القاضى له ، ولا أن ينتفع به انتفاع المالك ، كأن يلبسه إذا كان المقضى به من الملبوسات أو غير ذلك مـــن أنـــواع الانتفاع التى هى حق لمالك الشئ .

وفى نفس الوقت يحل للمقضى عليه أن يأكل من هـــذا الشـــئ أو يلبسه إذا كان مما يلبس ، أو ينتفع به انتفاع المالك ، لكن يفعل ذلك سرا ، وإلا فسقه الناس ، ومثال الأملاك المرسلة الإرث .

٢ــ إذا كانت شهادة الزور فى الأملاك بسبب ، وذكر السبب وكان سبباً لا يمكن إنشاؤه كالإرث ، فلا ينفذ القضاء باطنـــا أيضـــاً باتفـــاق العلماء .

واختلف العلماء فى المحكوم فيه إذا كان من الأمور التى للقـــاضى مدخل فيها كالعقود والفسوخ ، كالزواج والطلاق على رأيين .

أحدهما : ما يراه أبو حنيفة ، وهو أن حكم القاضى إثبات الحكـــم المدعى وإنشاء له ، فيجوز أن ينفذ فيها ظاهرا وباطنا ، وربمـــا عـــبر بعض الحنفية عن هذا بأن قضاء القاضى يغير الحكم عند الله .

الثانى : ما يراه جمهور العلماء ، وهو أنه لا ينفذ القضاء بشـــهادة شهود الزور باطنا ، فحكم الحاكم ــ قاضيا أو غيره ــ لا يزيل الشـــئ عن صفته ، فلا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، وربما عبروا عن هـــذا

بأن قضاء القاضى لا يغير الأحكام الشرعية عن حقائقها الموضوعة عند الله تعالى ، وبأن القضاء ينبنى على الحجة ، فإن كانت حجة حقيقة ظاهرا ، وباطنا ، نفذ الحكم ظاهرا وباطنا ، وإن كانت حجة فى الظاهر فقط لم ينفذ إلا فى الظاهر فقط .

ومن الجمهور مالك والأوزاعى ، والشافعى ، وأحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهويه ، وأبو ثور ، وداود الظاهرى ، وغير هؤلاء ، ووافق الجمهور فى هذا الرأى من الحنفية أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وزفر [1] .

فلو شهد شاهدان زورا بزواج رجل بامرأة وهى تنكر ، فحكم القاضى بصحة هذا الزواج بشهادة هذين الشاهدين عملا بظاهر عدالتهما إذا كان القاضى لا يرى وجوب البحث عن العدالة فى الشاهد بأن كان قاضياً حنفياً ، أو كان قاضيا يرى وجوب البحث عن عدالة الشهود ، كالمالكى والشافعى ، لكن عجزت المرأة عن تجريح الشاهدين ، فإن أبا حنيفة ﷺ يرى أنه يحل للرجل الذى حكم له القاضى بصحة الزواج أن يستمتع بالمرأة استمتاع الزوج بزوجته .

ويرى جمهور العلماء عدم جواز استمتاع المحكوم له بهذه المرأة ، لأنها ليست زوجته فى الواقع فيما بينه وبين الله ، وعليها أن تمتنع منه وتهرب ما أمكنها ،فلا يحل لها أن تمكنه من نفسها ، وعليها أن تدفعه كما يدفع الصائل على البضع [2] ، وقال العلماء عليها أن تصده عن نفسها حتى لو قتلته جاز لها ذلك .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ، ج ٢ ، ص ١٢٢ ، وحاشية الدسوقى ، ج ٤ ، ص ١٥٦ ، وأدب القاضى للخصاف شرح الجصاص ، ص ٢١٦ ، ومغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٧ ، والمغنى ، ج ١ ، ص ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، وكشاف القناع ، ج ٦ ، ص٣٥٢ والشرح الصغير ، ج ٤ ، ص ٢٢٣ ، والأشباه والنظائر لعبد الوهاب بن السبكى ، ج ٢ ، ص ٣٠٠ ، ونيل الأوطار ، للشوكانى جـ٩ص ١٨٧ .

(٢) إذا شرع إنسان فى الاعتداء على إنسان اخر بضرب أو إرادة قتل ، أو نهب مال ، أو هتك عرض ، فهذه جريمة صيال ، والمعتدى يسمى صائلاً ، والمعتدى عليه يسمى مصولا عليه ، ويجوز للمصول عليه أن يدفع الصائل بكل وسيلة ولو باستعمال القوة على أن يتبع الأخف فالأشد ، وإذا أراد الاعتداء على العرض ولم يندفع إلا بقتله جاز قتله .

وكذلك لو أن رجلين تعمدا الشهادة زورا على رجل أنه طلق امرأة ثلاثا ، والزوج منكر لذلك ، فقبل القاضى شهادتيهما ظانا عدالتهما ، ففرق بين الزوجين ، جاز عند أبى حنيفة لأحد الشاهدين زواجها بعد انقضاء عدتها وهو يعلم بتعمده الكذب .

وجمهور العلماء يحرمون عليه ذلك ، لكن بعض فقهاء الحنفية صرح بأن الفتوى فى الفقه الحنفى فى هذه المسألة كما يقول أبو يوسف ومحمد ، وزفر ، وجمهور العلماء ، لا كما يقول أبو حنيفة نظرا لظهور أدلة الجمهور بالنسبة لدليل أبى حنفية ، على الرغم من مبالغة السرخسى أحد أشهر علماء الحنفية فى كتابه " المبسوط " ومبالغة غيره من علمائهم فى توجيه رأى أبى حنيفة (١) .

ما يشترط لنفاذ القضاء ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة :

يشترط شرطان لنفاذ القضاء ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة فى الدعاوى التى يرى أنه ينفذ ظاهرا وباطنا فيها :

الشرط الأول : أن يكون المحل قابلا للحكم الذى قضى به القاضى فلو لم يكن المحل قابلا للحكم فلا ينفذ الحكم باطنا باتفاق العلماء ، وذلك كما لو ادعى رجل عل امرأة أنه تزوجها ، وشهد له شاهدان زورا بذلك فحكم القاضى بالزوجية مع أنه يعلم أن هذه المرأة محرمة على هذا الرجل ، بسبب من أسباب التحريم ، ككونها زوجة لغيره ، أو معتدة للغير ، أو مرتدة عن الإسلام والعياذ بالله تعالى ، أو أخته من الرضاع فإن هذا الحكم لا يجوز تنفيذه باطنا ، لأن المحل غير قابل لإنشاء العقد عليه .

الشرط الثانى : عدم علم القاضى بأن الشهود شهود زور ، فلو كان القاضى يعلم أن هؤلاء الشهود شهود زور ، فإن الحكم لا يجوز تنفيذه أصلا ، لا فى الظاهر ولا فى الباطن ، وذلك لعدم تحقيق شرط صحة القضاء ، وهو الشهادة الصادقة فى غالب الظن عند القاضى .

---

(١) مجمع النهر فى شرح ملتقى الأبحر ، لعبد الله محمد بن سليمان النعروف بداماداافندى ج ٢ ، ص ١٧٠ .

ومثل الحكم بشهادة الزور ما لو حكم القاضى أيضا بنكول المدعى عليه عن اليمين .

هذا ، وقد اختلف الرواية عن أبى حنفية فى قضاء القاضى فى الهبة والصدقة وبيع الشئ بغبن فاحش ، ففى رواية عنه أن قضاء القاضى لا ينفذ باطنا ، لأن القاضى إنما يصير منشئا فيما له ولاية الإنشاء ، وليس له ولاية إنشاء التبرعات فى ملك الغير ، أو البيع بغبن فاحش ، لأن هذا يعد تبرعا (١) .

الاستدلال للآراء :

الاستدلال لرأى الجمهور :

استدل لرأى الجمهور بما روته أم سلمة أن النبى ﷺ قال : " إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى بنحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار " متفق عليه .

وفى رواية " فبكى الرجلان ، وقال كل منهما : حقى لك ، فقال لهما النبى ﷺ : " أما إذا فعلتما فاقتسما ، وتوخيا الحق ، ثم استهما ، ثم تحللا " (٢) .

وهذا يدخل فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئا فحكم له القاضى به (٣)

وأجيب من قبل المخالف على الاستدلال بهذا الحديث بعدة إجابات :

الإجابة الأولى : هذا الحديث محمول على ما ورد فيه وهو المال (٤).

---

(١) فتح القدير ، لابن الهمام ، وشرح العناية على الهداية ، ج ٧ ، ص ٧٠٦ ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية ، للشيخ على قراعة ، ص ٣٠٦ ، الطبعة الثانية ، مطبعة النهضة .

(٢) فتح البارى ، ج ١٣ ، ص ١٧٤ ، قال ابن حجر العسقلانى ذاكرا فوائد الحديث : " وفيه أنه ربما أداه اجتهاده ﷺ إلى أمر فيحكم به ويكون فى الباطن بخلاف ذلك ، لكن مثل ذلك لو وقع لم يقر عليه ﷺ لثبوت عصمته " وانظر : نيل الأوطار للشوكانى جـ٩ص ١٨٨ .

(٣) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ .

(٤) نيل الأوطار ، للشوكانى جـ٩ص ١٨٧ .

ويمكن الإجابة عن هذا بأمرين :

الأمر الأول : أنه إذا كان الحكم كذلك فى الأموال ، فإن الأبضاع أولى منها

الأمر الثانى : الحق المذكور فى الحديث حق مطلق ، لم يتقيد بنوع من الحقوق ، فيكون شاملاً لكل الحقوق سواءً أكانت فى الأموال أم فى الأبضاع فالحقوق ليست قاصرة على الأموال.

الإجابة الثانية : ظاهر هذا الحديث يدل على أن الحكم الذى قاله رسول الله ﷺ ، مخصوص بما يتعلق بسماع كلام الخصم حيث لا توجد بينة ولا يمين ، وليس النزاع فيه ، وإنما النزاع فى الحكم المرتب على الشهادة .

ورد الشوكانى على هذه الإجابة ، بأن هذا القول خلاف الظاهر ، بل من التحريف الذى لا يفعله منصف.

الإجابة الثالثة : قيل أيضاً : إن كلمة "من" فى قوله ﷺ : "فمن قضيت له" شرطية ، وأداة الشرط لا تستلزم وقوع الشرط ، فيكون من فرض ما لم يقع ، وهو جائز فى كل أمر يتعلق به غرض ، وهو هنا محتمل لأن يكون هذا من رسول الله ﷺ ، وارداً على سبيل التهديد والزجر عن أن يأخذ الإنسان أموال الناس ، بطريق المبالغة فى الخصومة ، ومع أنه يجوز أن يستلزم هذا نفوذ حكم الحاكم باطناً فى العقود والفسوخ ، لكن الكلام هنا ليس مسوقاً لذلك ، فلا يكون دليلاً لمن يقول بمنع نفوذ الحكم باطنا فى العقود والفسوخ.

ورد الشوكانى أيضاً على هذه الإجابة ، بنفس الإجابة عن المناقشة الأولى ، أى أن هذا خلاف الظاهر من كلام رسول الله ﷺ ، بل من التحريف الذى لا يفعله منصف .

الإجابة الرابعة : الاحتجاج بهذا الحديث للرأى القائل بعدم نفوذ ما حكم به القاضى باطناً ، على خلاف ما استند إليه الحاكم ، من الشهادة أو غيرها ، يستلزم أن رسول الله ﷺ يجوز إقراره على الخطأ ، لأنه لا يكون الشئ الذى قضى به الرسول لأحد الخصمين قطعة من النار إلا إذا استمر الخطأ ، وإلا فمتى فرض أن رسول الله ﷺ اطلع على الخطأ ، فإنه يجب حينئذ إبطال ذلك الحكم ، ويرد الحق إلى من يستحقه،

وظاهر الحديث يخالف ذلك ، وعلى هذا فإما أن يسقط الاحتجاج بـــه ، ويؤول على الصورة التى ذكرناها ، وإما أن يستلزم اســتمرار تقريــر الرسول على الخطأ ، وهو باطل ، لأن رسول الله ﷺ لا يجوز أن يقره الوحى على الباطل .

وأجيب عن هذا بأن الخطأ الذى لا يجوز إقرار الرسول ﷺ عليه، هو الحكم الذى يصدر عن اجتهاده ، فى أمر لم ينزل عليه الوحى فيه ، وهو ليس موضع الخلاف ، وإنما الخلاف هنا فى الحكم الذى صدر من رسول الله ﷺ ، بناء على شهادة زور أو يمين فاجرة ، فهذا لا يســمى خطأ ، لعدة أمور :

الأمر الأول : الاتفاق بين العلماء على وجوب العمــل بالشــهادة ، وبالأيمان وإلا فلو لم يجب العمل بذلك لكان الكثير من الأحكام تســمى أحكاما خاطئة ، وهذا غير صحيح ، بدليل أن من قال : لا إلــه إلا الله ، محمد رسول الله ، يحكم بإسلامه ، ولو كان فى الواقع يعتقد خلاف ذلك

الأمر الثانى : ما قاله ﷺ فى حديث المتلاعنيــن وهــو : " لــولا الأيمان لكان لى ولها شأن " فلو كان الحكم خطأ لما ترك رسول الله ﷺ استدراكه ، وعمل بما عرفه .

الأمر الثالث : حديث : " إنى لم أومر بالتنقيب عن قلوب الناس ".

وبعد أن بين الشوكانى ذلك قال : " فالحجة من حديث البــاب " أى حديث : إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى " شاملة للأموال والعقود ، والفسوخ ، وقد حكى الشافعى الإجماع على أن حكم الحاكم لا يحلل الحرام " (١).

الاستدلال لرأى أبى حنيفة :

استدل لرأى أبى حنيفة بالأدلة الآتية :

الدليل الأول : ما جاء عن على بن أبى طـــالب رضي الله عنه : أن رجـــلا خطب امرأة فأبت ، فادعى أنه تزوجها ، وأقام شاهدين بين يدى علـــى ابن أبى طالب فقضى له بذلك ، فقالت المرأة إنـــهما شــهدا بـــالزور ،

---

(١) نيل الأوطار ، للشوكانى جـ٩ص ١٨٧ ، ١٨٨ .

فزوجنى أنت منه ، فقد رضيت فقال على : شاهداك زوجاك ، وأمضى النكاح " .

وجه الدلالة : أنه لو لم ينعقد العقد بين الرجل وهذه المرأة بقضاء على لما امتنع على من العقد عند طلبها ورغبة الرجل فيها ، وقد كان فى ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور [1] .

مناقشة هذا الدليل : أجيب عن الاستدلال بهذا الأثر بأنه لم يثبت عن على ﷺ ذلك ، بل لو صح ما نقل عن على فلا حجة فيه ، لأن عليا أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، ولم يجبها إلى ما طلبته من تزوجها به لأن فى ذلك طعنا على الشهود ، وهذا لا يقبل إلا بالبينة [2] .ولنا أن نضيف إلى ذلك أن الضعف واضح فى هذا الأثر ، لأنه ليس من السهل أن يتصور أن يرفض على تزويج المرأة بعدما بينت له ، فإن من الاحتياط أن يعقد عليها ، ولن يكلف ذلك أحداً شيئا ، وأمر الأبضاع محتاج إلى الاحتياط الشديد فيه .

الدليل الثانى : التفريق بين المتلاعنين ، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين ، مع احتمال أن يكون الرجل صادقا فيما رماها به من الزنا ، وكذلك يحتمل أن يكون الرجل كاذبا فى اتهاميا بالزنا وهى الصادقة فى نفى هذه الجريمة عن نفسها ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك لو كانت هى الكاذبة فلم تحرم عليه أيضا إلا بحكمه ، لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ، والحكم بالتفريق ينفذ ظاهرا وباطنا ، لأنه يحرم على الزوج أن يجامع زوجته التى لاعن منها ، ويحرم عليها كذلك أن تمكنه من نفسها ، ويحل لها أن تتزوج غيره وتمكن هذا الغير من نفسها ، وهذا هو معنى النفاذ فى الباطن ، مع أن الباطن فى هذه الحال مخالف للظاهر ، فهذا دليل على أن حكم القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا ، وإن كانا فى الواقع مختلفين .

---

(١) فتح القدير ، لابن الهمام ، ج ٣ ، ص ٣٥٤ .

(٢) كشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٥٢ .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأمرين :

الأمر الأول : أن الفرقة فى اللعان تقع عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب ،والكذب فى هذه القضية كذب فى مسألة عظمى تستحق أن يعاقب الكاذب فيها عقوبة شديدة ، ولا نعلم من هو الكاذب فاستحق الكاذب أن يفرق بينه وبين زوجه ، سواء أكان الكاذب هو الزوج فاستحق أن يفرق بينه وبين زوجته ، أم كان الكاذب هو الزوجة ، فاستحقت أن يفرق بينها وبين زوجها ، وأما حكم القاضى فى غير هذه الحال فلا يقع عقوبة ، فلا يصح القياس على اللعان لوجود الفارق بينهما ، وكما يقول بعض العلماء : الفرقة فى اللعان أصل برأسه فلا يقاس عليه[1] .

الأمر الثانى : أن القاضى يفرق بين المتلاعنين لأنه يعلم أن أحدهما كاذب قطعا ، فهو ينشئ التفريق بينهما قاصدا متعمدا ، وأما ما نحن فيه فليس كذلك لأن القاضى لا يعلم أن الشهود شهود زور على الطلاق ، أو الزواج ، ولا تتوجه إرادته إلى الإنشاء ، وإنما يحكم بناء على غالب ظنه أن البينة التى شهدت أمامه بينة عادلة تظهر الحق [2] .

الدليل الثالث : أن القاضى قد قضى بحجة شرعية فى أمر من الأمور التى له ولاية الإنشاء فيها ، فجعل الإنشاء تحرزا عن الحرام والحديث الذى استدل به الجمهور وهو حديث : " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى " صريح فى المال ، وليس النزاع فى الأموال ، بل الأموال متفق على أن حكم القاضى فيها بناء على شهادة زور لا ينفذ باطنا لأن القاضى لا يملك دفع مال شخص إلى شخص آخر ، لكنه يملك إنشاء العقود والفسوخ ، فإنه يملك بيع جارية شخص لشخص آخر

---

(١) فتح البارى ج ١٣ ، ص ١٧٥ ، وبداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ونيل الأوطار جـ٩ص١٨٧ .

(٢) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية القسم الثانى ، ص ٢٣٥ . للدكتور محمد نعيم ياسين .

، حال الخوف من موتها للحفظ وحال غيبة سـيدها ، ويملـك إنشـاء الزواج على الصغيرة التى لا يوجد لها ولـى ، ويملـك الفرقـة بيـن الزوجين إذا ثبت أن الزوج به عيب العنة [1] ، فيجعل قضاء القـاضى إنشاء احترازا عن الحرام ٠

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن شرط صحة الحكم وجود الحجة وإصابة المحل، وإذا كانت البينة فى نفس الأمر شهود زور لم تحصـل الحجـة ، لأن حجة الحكم هى البينة العادلة ، فإن الشهادة إظهار الحق وحقيقة الحكـم إنفاذ ذلك ، وإذا كان الشهود كذبة لم تكن شهادتهم حقا ٠

الدليل الرابع : لو لم نقل بنفاذ الحكم باطنا فلـو حـكم القـاضى بالطلاق لبقيت المرأة حلالا للزوج الأول باطنا وللثانى ظـاهرا ، فلـو ابتلى بمثل ما ابتلى الأول حلت للثالث ظاهرا وهكـذا ، فتحـل لجمـع متعدد فى زمن واحد ، ولا يخفى فحش هذا ، بخلاف ما إذا قلنا بنفـاذ الحكم باطنا فإنها لا تحل إلا لواحد ٠

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن الجمهور إنما قالوا فى هذا : تحرم على الثـانى إذا علم أن الحكم ترتب على شهادة الزور ، فإذا اعتمد الحكـم وتعمـد الدخول بالمرأة ، فقد ارتكب محرما ، كما لو كان الحكم فـى الأمـوال فأكل هذا المال الذى حكم له به ، ولو ابتلى الثانى بمثل هذا الإبتلاء كان

---

(١) العنة : عدم القدرة على انتشار عضو التذكير ٠

حكم الثالث كذلك ، والفحش إنما لزم من الإقدام على تعاطى المحــرم ، فكان كما لو زنوا فى الظاهر واحدا بعد واحد [1] ،

الرأى الراجح :

من الواضح أن ما ذهب إليه الجمهور هو الرأى الصحيح فى هــذه المسألة لعدة أمور : أولا : لقوة الاستدلال للجمهور بالحديث الصحيح ،

ثانيا : لأن ما استدل به لأبى حنيفة ﷺ ـ لــم يصمــد للطعــون الموجهة إليه ، ويكفى فى البرهنة على أن ما يقول به جمهور العلمــاء هو الرأى الصحيح أن الفتوى فى المذهب الحنفى فى هذه القضية علــى خلاف ما يراه أبو حنيفة ، وأن أصحابه الثلاثة أبو يوسف ومحمد بــن الحسن ، وزفر ، لا يرون ما يراه إمام المذهب ، وإنما يتفق رأيهم مــع جمهور العلماء ،

ثالثا : لا فرق فى الحلال والحرام بين مال واستمتاع بامرأة أجنبية فإذا كان حكم القاضى بشهادة الزور فى الأموال لا يحلها ، فكذلك يجب أن يكون الحكم فى الأبضاع ، قال الشافعى ـ ﷺ ـ : " إنه لا فــرق بين دعوى حل الزوجة لمن أقام بتزويجها شاهدى زور ، وهــو يعلــم كذبهما ، وبين من ادعى على حر أنه ملكه وأقام بذلك شــاهدى زور ، وهو يعلم حريته ، فإذا حكم له الحاكم بأنه ملكه لم يحل له أن يســترقه بالإجماع " ،

---

(١) فتح البارى ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ ،

رابعا : القول بأن حكم الحاكم يحل ظاهرا وباطنا بجانب مخالفته للحديث الصحيح فإنه يخالف أمرين قطعيين :

أحدهما : الإجماع السابق على عصر أبى حنيفة ، فلم ينقل عن أحد من العلماء قبله ـ سواء أكان من الصحابة أم من التابعين ـ أنه يرى ما يراه أبو حنيفة .

ثانيهما : القاعدة التى أجمع عليها العلماء ووافقهم أبو حنيفة ومن يرى رأيه من الحنفية وهى " أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال " .

وبعد ، فنستعير من ابن حزم عبارته فى كتابه " المحلى " بعد أن ذكر الحديث الذى استدل به جمهور العلماء ، فنقول : " **فإذا كان حكمه عليه الصلاة والسلام وقضاؤه لا يحل لأحد منا ما كان عليه حراما ، فكيف القول فى قضاء أحد بعده ؟** " [1] .

ولا داعى لذكر بقية عبارة ابن حزم ، فقد يفهم منها الإساءة إلى من يقول برأى أبى حنيفة رضى الله تعالى عن جميع علمائنا .

ويقول القرطبى : " شنعوا على من قال ذلك قديما وحديثا لمخالفة الحديث الصحيح ، ولأن فيه صيانة المال وابتذال الفروج ، وهى أحق أن يحتاط لها وتصان " [2] .

---

(١) المحلى ، لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ٦١٨ ، ونيل الأوطار ، للشوكانى جـ٩ص١٨٨
(٢) فتح البارى ، لابن حجر العسقلانى ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ .

بقى أن نقول إن علماءنا رضى الله تعالى عنهم بينـوا أن قضـاء القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا قطعا فى الأمور التى اتفق عليـها العلمـاء وأما فى الأمور التى اختلف العلماء فيها ، كالشفعة مثلا ، فإن الحنفيـة يرون أنها تكون للشريك ، وللجار ، والجمهور يرون أنها لا تكـون إلا للشريك ، وكميراث ذوى الأرحام فإن المالكية وجمهور فقهاء الشـافعية لا يورثونهم ، والحنفية ، والحنابلة ، وبعض فقهاء الشـافعية يقولـون بتوريثهم ، نقول وأما فى الأمور التى اختلف العلماء فيها فهناك رأيـان أصحهما عند بعض العلماء أن حكم القاضى فيها ينفذ ظـاهرا وباطنـا حتى لو كان الحكم لمن لا يعتقد صحة هذا الحكم . قال أصحاب هـذا الرأى : حتى تتفق الكلمة ويتم الانتفاع ، وعلى هذا لو حكم قاض حنفى المذهب لشافعى بشفعة الجوار ، أو بـالإرث بسـبب أنـه مـن ذوى الأرحام ، حل للمتذهب بمذهب الشافعى ـ كما قال بعض العلمـاء ـ الأخذ بهذا الحكم ، وليس للقاضى منعه من الأخـذ بذلـك ، ولا مـن الدعوى به إذا أرادها ، اعتبارا بعقيدة القاضى ، ولأن هذا الأمر مـن الأمور المجتهد فيها ، والاجتهاد إنما يكون ـ هنا ـ من القاضى لا من غيره (١) .

<u>الأصل الرابع : لا يقضى القاضى وهو غضبان :</u>

عن أبى بكرة ـ ﷺ ـ قال : سمعت النبى ﷺ يقول : " لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان " ، رواه الجماعة : البخارى ومسلم وأحمد ابن حنبل ، والترمذى ، والنسائى ، وأبو داود ، وابـن ماجـه ، هـذا

---

(١) إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى ، لأحمـد بـن محمـد القسـطلانى ، ج ١ ، ص٣٤٨ . دار الفكر .

الحديث الشريف يبين أصلا هاما فى أصول القضاء الإسلامى ، وسبب النهى — كما قال علماؤنا ﷺ — أن الحكم فى حال استيلاء الغضب على الحاكم قد يتجاوز بالحاكم إلى غير الحق ، فمنع من ذلك ، وقالوا أيضا : النهى عن الحكم حال الغضب لما يحصل بسببه من التغير الذى يختل به النظر فلا يحصل استيفاء الحكم على الوجه المطلوب شرعا .

وإذا كان النهى عن الحكم فى حال الغضب قد ورد عن رسول الله ﷺ فإن الفقهاء — ﷺ — عدوه بهذا المعنى إلى كل ما يحصل به تغير الفكر ، كالجوع ، والعطش المفرطين ، والوجع المزعج ، ومدافعة أحد الأخبثين ، وغلبة النعاس وشدة الخوف أو الحزن أو الهم أو السرور وسائر الأمور التى يتعلق بها القلب تعلقا يشغله عن استيفاء النظر ، الذى يتوصل به إلى إصابة الحق فى الغالب وهو قياس مظنة ، على مظنة كما قال ابن دقيق العيد [1] ، أى استنباط معنى دل عليه النص ، فإنه لما نهى عن الحكم حال الغضب فهم منه أن الحكم لا يكون إلا فى حال استقامة الفكر ، فكان علة النهى المعنى المشترك وهو تغير الفكر واختلاله ، والوصف بالغضب يسمى علة ، بمعنى أنه مشتمل عليه ، فألحق به ما فى معناه كالجائع والعطشان [2] .

وبعبارة أخرى فإن اقتران النهى بالغضب يشير إلى أن العلة فى هذا النهى هى الغضب الذى يكون مظنة لتشويش الفكر ، ولما كان التشويش معنى مناسبا لهذا الحكم ومنضبطا فقد جعله العلماء علة

---

(١) فتح البارى ، لابن حجر العسقلانى ، ج ١٣ ، ص ١٣٧ .
(٢) المصدر السابق ، ج ١٣ ، ص ١٣٧ .

بالإجماع ، ولهذا قال العلماء بتحريم قضاء القاضى فى كل حال يحصل له فيها تشويش الفكر بأى سبب من الأسباب ، قياسا على القضاء فى حال الغضب الذى ورد فيه النهى من رسول الله ﷺ ومثل هذا يسميه علماء الأصول دلالة النص على أن الوصف علة بطريق الإيماء أى بطريق التلميح .[1]

وهنا يمكن أن يثار سؤال هو لماذا اقتصر رسول الله ﷺ على ذكر الغضب ؟ وقد وقد أجاب العلماء بقولهم : وكأن الحكمة فى الاقتصار على ذكر الغضب لاستيلائه على النفس ، وصعوبة مقاومته ، بخلاف غيره ،

هذا ويرى بعض العلماء أنه يكره أن يقضى القاضى فى حال الغضب سواء أكان الغضب لنفسه أم لله تعالى ، لأن المحذور تشويش الفكر وهو لا يختلف بذلك ، ويرى البعض الآخر أن القضاء مكروه حال الغضب لنفسه ، وأما إذا كان الغضب لله تعالى فلا يكون مكروها فى هذه الحال ، كما بين بعض العلماء أن الكراهة تنتفى إذا دعت الحاجة إلى الحكم فى الحال [2] .

لو خالف القاضى فحكم فى حال الغضب :

تبين أن رسول الله ﷺ نهى الحاكم عن أن يحكم فى حال الغضب ، والسؤال الآن ، ماذا لو خالف القاضى النهى فحكم فى حال غضبه ؟

---

(١) أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكى الدين شعبان ، ص ١٥٣ .
(٢) نهاية المحتاج ، للرملى ، ج ٨ ، ص ٢٤٢ .

اختلف العلماء فيما لو قضى القاضى فى حال الغضب على الوجه الآتى :

الرأى الأول : ما يراه جمهور العلماء ، وهو صحة القضاء حال الغضب إن صادف الحق .

وقد استند هذا الرأى إلى ما رواه عبد الله بن الزبير عن أبيه ، أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ فى شراج الحرة [١] ،التى يسقون بها النخل ، فقال الأنصارى : سرح [٢] الماء يمر ، فأبى عليه ، فاختصما عند رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير : اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك ، فغضب الأنصارى ، ثم قال : يا رسول الله ، أن كان ابن عمتك [٣] . فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال للزبير : اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر [٤] فقال الزبير – والله إنى لا أحسب أن هذه الآية نزلت إلا فى ذلك : **﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾** .

وجه الاستدلال بالحديث : **أن رسول الله ﷺ قضى للزبير بعد أن أغضبه خصمه** [٥] .

---

(١) الشراج – بكسر الشين – هى مسايل النخل والشجر ، مفردها شرجة ، وإضافتها إلى الحرة لكونها فيها ، والحرة – بفتح الحاء ، وهى أرض ذات حجارة سود .

(٢) سرح الماء – بفتح السين وتشديد الراء المكسورة – أى أرسله .

(٣) أن كان ابن عمتك – بفتح الهمزة – لأنه استفهام للاستنكار أى حكمت بهذا لكونه ابن عمتك ، قال العلماء : وإنما ترك ﷺ قتله بعد أن جاء فى مقاله بما يدل على أنه ﷺ جار فى الحكم لأجل القرابة لأن ذلك كان فى أوائل الإسلام ، وقد كان النبى ﷺ يتألف الناس إذ ذاك .

(٤) الجدر – بفتح الجيم وسكون الدال – هو الجدار ، والمراد به أصل الحائط .

(٥) قضاء الرسول ﷺ فى حال الغضب ليس مبررا للقاضى أن يقضى وهو غضبان ، لأن الرسول ﷺ معصوم من أن يقضى بالباطل ، وأيضا لأن قضاءه حال الغضب فى قصة الزبير لم يكن إنشاء لحكم وإنما كان تأكيدا للحكم الذى كان قد حكم به .

وكأن الجمهور جعلوا ذلك قرينة صرفت النهى الموجود فى حديث : " لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان " من التحريم إلى الكراهة ، لكن يمكن أن يجاب عن هذا بما قاله الشوكانى : " ولا يخفى أنه لا يصح إلحاق غيره ﷺ به فى مثل ذلك ، لأنه معصوم عن الحكم بالباطل فى رضائه وغضبه بخلاف غيره فلا عصمة تمنعه عن الخطأ .

الرأى الثانى : ما يراه بعض الحنابلة ، وهو أنه لا ينفذ الحكم فى حال الغضب ، واستدلوا بالنهى من رسول الله ﷺ عن القضاء فى حال الغضب والنهى يقتضى الفساد .

وقد أجيب عن هذا بأن النهى الذى يفيد فساد المنهى عنه هو ما كان لذات المنهى عنه [١] ، أو لجزئه [٢] أو لوصفه الملازم له [٣] ، لا المفارق كما هنا وكما فى النهى عن البيع حال النداء للجمعة ، وهذه قاعدة مقررة فى الأصول .

الرأى الثالث : التفصيل بين ما إذا كان الغضب قد طرأ على القاضى بعد أن استبان له الحكم فى القضية المعروضة عليه ، فلا يؤثر

---

(١) النهى لذات المنهى عنه كالنهى عن الزنا ، والغصب ، فالزنا لا يترتب عليه ثبوت النسب ولا حرمة المصاهرة بل يأثم فاعله ويستحق أن يعاقب .

(٢) كأن كان المنهى عنه قولا ، والنهى عنه لخلل فى أركانه كالنهى عن بيع الميتة.

(٣) النهى للوصف الملازم ، كالنهى عن الصوم يوم العيد ، والنهى عن البيع المشتمل على الربا فالنهى عن الصوم يوم العيد ليس لذات الصوم لأن الصوم عبادة فلا ينهى عنه لذاته ، وإنما النهى عنه للإعراض عن ضيافة الله تعالى فى هذا اليوم ، وكذلك النهى عن البيع المشتمل على الربا ليس لذات البيع لأن البيع من العقود الجائزة بل كان النهى لوجود الزيادة الخالية عن العوض .

الغضب فى صحة الحكم لأن الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه ، وبين ما إذا كان الغضب قد حصل للقاضى قبل أن يستبين له الحكم فى القضية فيؤثر فى صحة الحكم [1] .

الأصل الخامس : لا يقبل القاضى هدية ممن له خصومة فى الحال :

الرشوة : هى أخذ المال لإبطال حق ، أو تحقيق باطل والرشوة من الأمور المحرمة ، لأنها من قبيل أكل أموال الناس بالباطل ، وهى صفة اليهود ، وقال رسول الله ﷺ : " لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم " ، رواه أحمد والترمذى وصححه .

وأما الهدية ، فقد صرح العلماء بأن الأولى سد بابها ، ثم إن كان للمهدى خصومة فى الحال حرم على القاضى أن يقبل هديته كما بينا سابقا حتى لو كان له عادة بالهدية لصداقة ، أو قرابة .

وبين العلماء أن القاضى يجب عليه أن لا يقبل هدية من لم تكن له عادة قبل تولى القاضى منصبه ، حتى لو لم تكن له خصومة ، استنادا إلى قول رسول الله ﷺ : " هدايا العمال غلول " وفى رواية " سحت " ، رواه الإمام أحمد رضي الله عنه .

وأما إن كان المهدى لا خصومة له ، عادة بالهدية وأهدى قدر عادته ومثل ما كان يهديه فقال العلماء : يجوز للقاضى حينئذ قبولها .

---

(١) نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٧٧ - ١٧٩ ، والمغنى ج ١ ، ص ٣٩٤ - ٣٩٥ ، وجواهر الإكليل شرح مختصر خليل لصالح عبد السميع الأبى ، ج ٢ ، ص ٢٢٥ ، دار إحياء الكتب العربية ونهاية المحتاج ، للرملى ، ج ٨ ، ص ٢٤٢ .

فإن أهدى أكثر من المعتاد أو أرفع مما كان يهديه ، كأن كان يهدى المأكولات فأهدى الثياب ، لم يجز للقاضى قبول هديته [١] .

وبين بعض العلماء أن حكم الهدية بالمنافع المقابلة بالمال عادة كسكنى بيت مثلا تأخذ حكم الهدية بالأعيان ، بخلاف غيرها كاستعارة كتاب من كتب العلم ، كما بين البعض أيضا أن أكل القاضى حال كونه ضيفا عند بعض من يخضعون لولايته يأخذ حكم الهدية له ، وتأخذ حكم الهدية له ، وبين بعضهم أيضا أنه يجوز للقاضى أن يأخذ الهدايا من رئيس الدولة إذا كانت الهدية من مال الرئيس بشرط أن يكون ذلك معتادا لمثله ، وأن لا تؤثر الهدية فى تغيير قلب القاضى عن التصميم عن الحق ، وصرح بعض العلماء بأنه لا يلتحق بالقاضى في الأحكام الخاصة بالهدية وقيودها المفتى والواعظ ، ومعلم القرآن والعلم ، وذلك لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام بخلاف القاضى فحكمه ملزم ، قال الرملى أحد كبار فقهاء الشافعية : " والأولى فى حقهم (يعنى المفتى ومن ذكر معه) إن كانت الهدية لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء ، والوعظ ، والتعليم عدم القبول ، ليكون علمهم خالصا لله تعالى ، وإن أهدى إليهم تحببا وتوددا لعلمهم وصلاحهم فالأولى القبول ، وأما إذا أخذ المفتى الهدية ليرخص فى الفتوى فإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة " [٢] .

---

(١) كفاية الخيار فى حل غاية الاختصار ، لتقى الدين الحصنى ، ج ٢ ، ص ٢٦٠ ، دار إحياء الكتب العربية ، والروض المربع بحاشيته ، ج ٣ ، ص ٣٩٠ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٨ ، ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

والأولى كما صرح العلماء أن من جاز له قبول الهدية من القضاه أن يثيب عليها أى يعطى بدلها للمهدى ، أو يردها لمالكها ، أو يضعها فى بيت المال (الخزانة العامة للدولة) وسد باب القبول مطلقا كما صرح العلماء أيضا أولى حسما للباب [1] .

وفى نهاية الكلام عن الرشوة والهدية نحب أن نبين أن بعض العلماء يرى أن دفع المال لإبطال الظلم جائز للدافع حرام على الآخذ [2] .

الأصل السادس : لا يقضى القاضى لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له :

صرح العلماء بأنه لا يجوز للقاضى أن يحكم لنفسه ، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، وحكم الحاكم لنفسه من خصائص رسول الله ﷺ لأنه معصوم من الهوى والغرض ، وبين العلماء أنه يجوز للقاضى أن يعزر من أساء الأدب عليه فيما يتعلق بأحكامه التى حكم بها ، كأن يقول له : حكمت بالجور ، وما ماثل هذا . وإذا عرضت حكومة لوالديه ، أو لأحد أولاده ، أو من لا تقبل شهادته له ففيه رأيان :

أحدهما : لا يجوز له أن يحكم فيها بنفسه ، وإن حكم لم ينفذ حكمه وهذا ما يراه أبو حنيفة والشافعى والمالكية وبعض فقهاء الحنابلة ، لأنه لا تقبل شهادته له فلم ينفذ حكمه ، كما لا ينفذ الحكم لنفسه .

---

(١) المصدر السابق ، ص ٢٤٤ .

(٢) شرح الخرشى على مختصر خليل ، لمحمد الخرشى ، ج ٧ ، ص ٩٣ ، دار صادر بيروت .

الرأى الثانى : ينفذ حكمه ، وهو رأى بعض فقهاء الحنابلة ، وأبى يوسف صاحب أبى حنيفة ، وابن المنذر ، والمزنى ، وأبى ثور لأنه حكم لغيره أشبه الحكم للأجانب (١) ، قال الشيرازى : " وهذا خطأ ، لأنه متهم فى الحكم كما يتهم فى الحكم لنفسه " (٢) .

لو كانت الخصومة بين والديه أو ولديه ، أو والده وولده :

للعلماء رأيان فى هذه المسألة :

أحدهما : لا يجوز له الحكم بينهما ، وهو ما يراه بعض فقهاء الحنابلة ، وأحد رأيين محتملين فى فقه الشافعية ، وقد علل لهذا الرأى ، بأنه لا تقبل شهادته لأحدهما على الآخر ، فلم يجز الحكم بينهما قياسا على الشهادة .

الرأى الثانى : يجوز له الحكم بينهما وهو كما يراه بعض فقهاء الشافعية وبعض فقهاء الحنابلة ، وقد علل لهذا الرأى بأن الخصمين عنده سواء فارتفعت تهمة الميل إلى أحدهما فأشبهما الأجنبيين (٣) .

الأصل السابع : الحكم بالاجتهاد الثانى للقاضى :

إذا تغير اجتهاد القاضى قبل أن يحكم فى القضية فإنه يجب عليه أن يحكم بما تغير اجتهاده إليه ، ولا يجوز له أن يحكم باجتهاده الأول ، لأنه

---

(١) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٧ ، والمغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٤ .

(٢) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٨٣ ، والشرح الصغير ، ج ٥ ، ص ١٩ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ، ص ٣٩٣ ، واللباب فى شرح الكتاب لعبد الغنى الغنيمى ، ج ٤ ، ص ٩٠ ، مطبعة المدنى ، وأد القضاء لابن أبى الدم ، ج ١ ، ص ٤٠٤ ، والروض المربع بحاشيته ، ج ٣ ، ص ٣٩١ .

(٣) المغنى ، ج ١ ، ص ٤٨٣ ، والمهذب للشيرازى ، ج ٢ ، ص ٢٩٢ .

إذا حكم باجتهاده الأول فقد حكم بما يعتقد أو يغلب على ظنه أنه باطل .

وقال العلماء إنه إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ، ولا إجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من كان قبله في هذا المنصب لم ينقضه لمخالفته ، وقد استدل العلماء على هذا بأن الصحابة ﷺ أجمعوا على هذا ، فقد نقل عن أبى بكر ﷺ أنه حكم في مسائل باجتهاده ، وخالفه عمر ﷺ ، ولم ينقض أحكامه ، وعلى بن أبى طالب ـ كرم الله وجهه ـ خالف عمر في اجتهاده ، فلم ينقض أحكامه [1] .

وروى أن عمر بن الخطاب لقى رجلا له خصومة فقال له : ما صنعت ؟ قال الرجل : قضى على وزيد بكذا ، قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، فقال الرجل : وما يمنعك والأمر إليك ؟ (يعنى أنه رئيس الدولة) قال : لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيه لفعلت ، ولكن أردك إلى رأى والرأى مشترك ، ولم ينقض عمر ما قضى به على وزيد .

الأصل الثامن : جواز الطعن فى الأحكام فى بعض الأحوال :

تمهيد :

· هنا أمر يحسن التنبيه عليه هو أنه يجب أن يتوفر الاحترام الكامل للأحكام التى تصدر عن القاضى ، سواء من طرفى الخصومة : المدعى والمدعى عليه ، أو غيرهما ، فهذا يؤدى إلى أن يحصل الاستقرار والثبات فى المراكز القانونية التى صدرت بشأنها الأحكام .

---

(١) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

لكن الأحكام التى يصدرها القضاة هى أحكام صادرة عن بشـــر ، والبشر ليسوا معصومين من الخطأ إلا من عصم الله صـــاحب العــزة والجلال من الرسل والأنبياء ، ولهذا فاحتمـــال الخطـــأ فـــى الأحكـــام القضائية وارد ، ولابد من أن يكون هناك علاج وتصحيح للأخطاء التى يمكن أن تقع فى الأحكام القضائية ، ولكى يحدث التوفيق ــ فى القوانين الوضعية ــ بين إرادة الاستقرار والثبات فى المراكز القانونيـــة التـــى صدرت بشأنها الأحكام وبين إرادة تصحيح الأخطاء التـــى يمكـــن أن تحدث من القضاة أجاز القانون الوضعى للخصوم أن يطلبوا من القضاء إعادة النظر فى القضية محل الحكم ، باتباع وسيلة من الوســـائل التـــى نظمها القانون ، وهذه الوسائل تسمى فى الاصطلاح القانونى : طـــرق الطعن فى الأحكام [1] .

وقد قسم القانونيون هذه الطرق إلى قسمين : طرق طعن عاديـــة ، وطرق طعن غير عادية أو استثنائية ، وأطلق على طرق الطعن العادية هذا الوصف لأنه لا يشترط فى جواز ممارستها أسباب معينة ، بخـلاف طرق الطعن غير العادية فقد اشترط القانون أسبابا محددة لها .

فأما طرق الطعن العادية فهى : المعارضة ، والاستئناف ، وأمـــا الطرق غير العادية فهى : التماس إعادة النظر ، والطعـــن بـــالنقض ، وإليك توضيح معنى كا طريق من هذه الطرق .

---

(١) مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات الجديد للدكتور عبد الباسط جمعى ، ص ٥٢٣ ، دار الفكر العربى .

المعارضة : طريق طعن عادى فى الأحكام التى صدرت فى غيبة المحكوم عليه يرفع إلى نفس المحكمة التى صدر عنها الحكم المطعون فيه لا إلى محكمة أعلى ، ولهذا فإن المعارضة لا تعد درجة ثانية من درجات التقاضى (١) . وقد أصبحت المعارضة غير جائزة فى المسائل المدنية والتجارية .

الاستئناف : طريق طعن عادى به يطرح الخصم الذى صدر الحكم كلياً أو جزئيا لغير صالحه القضية كلها ، أو جزءا منها أمام محكمة أعلى من المحكمة التى صدر عنها الحكم (٢) .

التماس إعادة النظر : طريق غيرعادى يرفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم الملتمس فيه ، ويجوز أن ينظر من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم موضوع الالتماس ، ولهذا لا يعد التماس إعادة النظر درجة من درجات التقاضى .

ولأن هذا الطريق من طرق الطعن طريق غير عادى فإنه لا يجوز إلا لأسباب معينة وردت فى القانون على سبيل الحصر . ومن هذه الأسباب ما إذا حدث غش من الخصم (المطعون ضده) من شأنه أن يؤثر فى الحكم . ومنها ما إذا حال الخصم دون تقديم أوراق قاطعة فى الدعوى بشرط أن يحصل عليها الملتمس بعد صدور الحكم . ومنها حصول الملتمس على إقرار بأن الورقة ، أو الأوراق التى بنى الحكم عليها مزورة ، ومنها ما إذا قضى بعد صدور الحكم بتزوير هذه

---

(١) أصول المرافعات للدكتور أحمد مسلم ، ص ٦٩٣ ، دار الفكر العربى .

(٢) قانون القضاء المدنى الكويتى ، فتحى والى ، ص ٣٩١ ، مطبعة جامعة الكويت .

الأوراق ؛ ومنها إذا قضى بعد صدور الحكم بأن الشهادة التـــى بنـــى عليها مزورة .

الطعن بالنقض : طريق غير عادى من طرق الطعن فى الأحكـــام فلا يجوز إلا بالنسبة إلى أحكام معينة ، وفي أحوال خاصة فـــى غـــير نصابها الانتهائى .

وقد نص القانون على أسباب معينة هي التى تجيز الطعن بـــالنقض منها فى القانون المصرى إذا كان الحكم الذي يطعن فيه قد صدر مخالفا للقانون ، أو كان نتيجة خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله [١] .

الحال فى الفقه الإسلامى :

ما سبق كان بياناً لطرق الطعن فى الأحكام فى القانون الوضعـــى .فإذا انتقلنا إلى الفقه الإسلامى نجد أن العدل المطلق هدف من أهـــداف القضاء فى الإسلام ، ويقتضى هذا أن يبحث القاضى عن الحق ، فأينما وجده قضى به ، وإذا أخطأ القاضى فى حكمه فخالف نصا شرعيا مـــن الكتاب الكريم ، صريح الدلالة أو السنة الشريفة صريحة الدلالة كذلـــك أو إجماعا من العلماء على حكم معين فلابد من نقض هذا الحكـــم ، أى إبطاله ، وقد عبر فقهاؤنا القدامى بنقض الحكم ويريـــدون بـــه إبطالـــه واعتباره كأنه لم يكن فى صورة معينة ، سنتكلم عنها فيما سيأتى قريبـــاً إن شاء الله تعالى ، فليس المراد بالنقض فى الفقه الإسلامى النقض عند

---

(١) بحوث فى قواعد المرافعات والقضاء فى الإسلام للدكتور عبد العزيز خليل بديـوى ، ص ٥١٥ ، وما بعدها والقضاء فى الإسلام وحماية الحقوق لنفس المؤلف ، ص ٧٩ وما بعدها .

القانونيين وهو أنه أحد طرق الطعن غير العادية ، يقصد به تقويم الاعوجاج القانونى فى الحكم المطعون فيه ، وتوحيد فهم القضاة للقانون [1] . ونقض هذا الحكم أو طلب نقضه حق لكل من يعلم به ، بل واجب عليه ، سواء فى هذا القاضى الذى أصدره ثم تبين له مصادمته للنصوص الشرعية ، أو أحد أطراف الخصومة ، بل لأى إنسان آخر ليس له صلة بالقضية أن يطلب نقض هذا الحكم ، استنادا إلى سلطة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وهى السلطة التى خولها الله تبارك وتعالى لكل فرد من أفراد المسلمين ليتحقق بذلك الرقابة التى تحقق الإصلاح فى المجتمع .

هذا ، وسنختار التعبير عن هذه العملية باستئناف الأحكام دون التعبير بأى طريق آخر من طرق الطعن المعروفة فى القانون الوضعى ، والتى أعطينا القارئ فكره سريعة عنها .

الدليل على جواز الاستئناف فى الأحكام القضائية حديث رسول الله ﷺ " البينة على المدعى " فهذا الحديث الشريف يفيد حكما عاما لكل الأحوال ، فليس مقصورا على حال معينة ، بل ينتظم عامة الأحوال دون فصل بين ما قبل الحكم وما بعده [2] .

وقد حاول بعض العلماء الاستدلال لجواز الاستئناف لكن أدلتهم كان بعضها غير واضح الدلالة ، وبعضها حديثا غير ثابت ، وبعضها

---

(١) القضاء فى الإسلام وحماية الحقوق ، للدكتور عبد العزيز خليل بديوى ، ص ٨٠ .
(٢) نظام القضاء فى الإسلام ، لأستاذنا الدكتور إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٩٦ .

قولا لصحابى ، ومعروف أن قول الصحابى إن كان حجة عند بعض العلماء فليس حجة عند البعض الآخر .

فأما الدليل غير واضح الدلالة على جواز الاستئناف فهو ما جاء فى صحيحى البخارى ومسلم أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله ، فقال الخصم الآخر - وهو أفقه منه - : نعم فاقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لى ، فقال رسول الله ﷺ : قل ، قال : إن ابنى كان عسيفا [1] ، عند هذا فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، (أى جارية صغيرة) فسألت أهل العلم ، فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : " والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس [2] إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها ، فاعترفت ، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت " [3] .

فقد استدل البعض بهذا الحديث على جواز الاستئناف [4] ولا نرى صحة الاستدلال بهذا الحديث على الاستئناف ، لأنه لم يصدر حكم من قاض فى هذه القضية قبل أن ترفع إلى رسول الله ﷺ ، وإنما يبين

---

(١) عسيفا أى أخيرا .

(٢) تصغير أنس بضم الهمزة وفتح النون

(٣) صحيح مسلم ، بشرح النووى ج ١١ ، ص ٢٥٠ ، ونيل الأوطار ، ج ٨ ، ص٢٨١ .

(٤) التراتيب الإدارية ، لعبد الحى الكتانى ، ج ١ ، ص ٥٦ .

الحديث أن الرجل أخبره بعض الناس أن على ابنه الرجم ، فافتدى منه بمائة شاة وجارية ، فسأل أهل العلم فأخبروه أن على ابنه جلد مائة وتغريب عام ، فأهل العلم الذين أخبروه إنما أفتوه بهذا الحكم ، ولم يكونوا قضاة أصدروا حكما قضائيا حتى يصح الاستدلال بالحديث ٠

وأما الحديث الذى لم يثبت (١) فهو ما رواه الإمام أحمد وغيره ، عن حنش بن المعتمر ، عن على بن أبى طالب قال : بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن ، فانتهينا إلى قوم قد بنوا زبية للأسد (٢) ، فبينما هم كذلك يتدافعون ، إذ سقط رجل فتعلق بآخر ، ثم تعلق الرجل بآخر ، حتى صاروا فيها أربعة ، فجرحهم الأسد ، فانتدب له رجل بحربة فقتله ، وماتوا من جراحهم كلهم ، فقام أولياء الأول إلى أولياء الآخر ، فأخرجوا السلاح ليقتتلوا ، فأتاهم على ﷺ على تفيئة ذلك (أى على أثر ذلك) فقال : تريدون أن تقاتلوا ورسول الله ﷺ حى ؟ إنى أقضى بينكم قضاء ، إن رضيتهم به فهو القضاء ، وإلا حجز بعضكم عن بعض ، حتى ، تأتوا النبى ﷺ ، فيكون هو الذى يقضى بينكم ، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له ، اجمعوا من قبائل الذين حفروا البئر ربع الدية ، وثلث الدية ، ونصف الدية ، والدية كاملة ، فللأول ربع الدية ، لأنه هلك (٣)

---

(١) استدل بهذا الحديث المستشار جمال صادق المرصفاوى ، انظر : نظام القضاء فى الإسلام ، له ، ص ١٥٢ ، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامى بالرياض ، ١٣٩٦ هـ ٠

(٢) الزبية : حفرة تحفر لصيد الأسد ، سميت بذلك لأنهم كانوا يحفرونها فى موضع عال ٠

(٣) هلك ـ بتشديد اللام فى لغة بنى تميم ـ بمعنى أهلك ، فالفعل قد يتعدى بالهمزة فيقال : أهلكته وفى لغة بنى تميم يتعدى بنفسه ، فيقال هلكته ، واستهلكته ، المصباح المنير ٠

من فوقه ثلاثة ، وللثانى ثلث الدية ، وللثالث نصف الدية ، وللرابع الدية كاملة ، فأبوا أن يرضوا ، فأتوا النبى ﷺ وهو عند مقـــام إبراهيـــم [١] فقصوا عليه القصة ، فقال أنا أقضى بينكم ، واحتبى [٢] ، فقال رجـــل من القوم : إن عليا قضى فينا ، فقصوا عليه القصة ، فأجـــازه رســـول الله ﷺ [٣] ، وزاد فى بعض ألفاظه : " وجعل الدية على قبائل الذيـــن ازدحموا " .

الحديث ضعيف :

وهذا الحديث ضعيف لأن حنشا راوى الحديث اختلف العلماء فـــى توثيقه [٤] ، ويكفى هذا فى رد الحديث ، لكن بعض الباحثين يرى أنـــه يضاف إلى عدم ثبوت الحديث أن عليا لم يحكم بينهم بصفته قاضيـــا ، لأن القاضى لا يخير الخصوم والحديث يبين أن عليا خيرهم ، وأيضـــا فإن الخصوم لم يترافعوا إلى على ، وإنما هو الذى جاءهم عقب الحادثة ليقوم بالصلح بينهم ، أى أنه عرض نفسه ليكون حكمـــا بينـــهم فقبلـــوا تحكيمه على شرط أنهم إذا لم يرضوا بما يحكم به فلا يلزمهم ، فلم يكن فى هذه الحادثة حكم قاض حتى يمكن أن يقال إنه وجد الاستئناف [٥] .

---

(١) أى فى موسم الحج .

(٢) يقال فى اللغة : احتبى الرجل ، أى جمع ظهره وساقيه بثوب أو غيره وقـــد يحتبـــى بيديه .

(٣) مسند الإمام أحمد ، ج ٢ ، ص ٤٧٣ ، دار المعارف ، ١٩٤٧ م ، والسنة الكـــبرى للبيهقى ج ٨ ، ص ١١١ ، والمصنف لابن أبى شيبة ج ٩ ، ص ٤٠٠ .

(٤) قال الهيثمى بعد أن ذكر هذا الحديث فى " المجمع " وفيه حنش ، وثقـــه أبـــو داود ، وفيه ضعف وبقية رجاله رجال الصحيح . انظر هامش زاد المعاد لابن القيـــم ، ج٥ ص ١٤ ، تعليق لشعيب الأرنؤط وعبد القادر الأرنؤط .

(٥) الدكتور إبراهيم عبد الحميد ، نظام القضاء فى الإسلام ، ص ٢٩٧ .

الحكم هل هو حكم قاض ؟

ونرى أن حكم على فى هذه الحادثة لـــو ثبـت الحديـث يمكــن أن يكون حكم قـــاض ، لأن عليـا كـــان أرسـله الرسـول ﷺ إلـــى اليمن قاضيا ، كما هو معروف ، وكونـــه هـــو الـــذى أتـــاهم عقـب الحادثة لا يغير الأمر من قـــاض إلـــى محكـــم ، لأن البيئـــة كـــانت ساذجة لا تعقيد فيـــها ، والبســـاطة مـــن علـــى تجـيز لــه ــ وهــو القاضى ــ أن يذهـــب إلـــى الخصـــوم ، وخاصـــة إذا كـــان الأمـــر خطيرا جدا ، فقد كادت القبائل أن يســيل بعضـــها دم بعـــض ٠

وكونه خيرهم أن يرضوا بما يحكم به أو ينتظروا ــ بعد حكمـه ــ حتى يعرضوا الأمر على رسول الله ﷺ إذا لم يرضـــوا بمـــا حكـــم ، فهذا أيضا مقبول من قاض فى مجتمع بسيط ، لم يوجـــد فيـه تعقيـد الإجراءات ٠ فليست المشكلة فى هذه الأمـــور ، وإنمـــا المشـــكلة أن الحديث لم يثبت ، ولو ثبت الحديث لكان من وجهة نظرنـــا دالا علـــى الاستئناف ٠

وأما قول الصحابى ففى مصنف عبد الرازق [1] " أتى ابن مســعود برجل وجد مع امرأة فى لحاف ، ولم تقم البينة على غير ذلك فضربـــه عبد الله أربعين [2] ، وأقامه للناس ، فغضب قومه من هذا وانطلقوا إلى

---

(١) كان عمر بن الخطاب قد ولى عبد الله بن مسعود القضاء فى الكوفة ٠

(٢) نظـام القضـــاء فـــى الإســـلام ، لأســتاذنا الدكتـــور إبراهيـم عبـد الحميـــد ، ص ٢٩٨ ، وأصول الفقه الإســلامى للأســتاذ الدكتــور زكـــى الديــن شــعبان ، ص ٢٠٥ ٠

عمر ﷺ ، عنه فقالوا : فضح منا رجلا ، فقال عمر : بلغني أنك ضربت رجلا من قريش ، قال عبد الله : أجل وقص عليه القصة ، فقال له عمر : أرأيت ذلك ؟ قال : نعم ، قال عمر : نعم ما رأيت ، فعند ذلك قال الشاكون : جئنا نستعديه عليه ، فاستفتاه " .

ويمكن الاستدلال بقول الصحابى أيضا بما ورد فى كتاب عمر لأبى موسى الأشعرى ، وهو قوله : " ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل " (١) .

لكن قول الصحابى – حتى لو كان من اثنين – لا يعد حجة كما قال الشافعى فى الجديد من مذهبه ، واختاره جمع من متأخرى الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وأكثر المتكلمين .

هذا ، ويمكن القول بأن فقهاءنا القدامى تعرضوا لبحث موضوع استئناف الأحكام ، لكن ليس بهذا العنوان ، وإنما سموه بالدفع (٢) وما

---

(١) سبل السلام ج ٤ ، ص ١١٩ ، والأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٨٠ .

(٢) الدفع هو دعوى يثيرها المدعى عليه مناهضة للدعوى الأصلية ، كأن يدعى شخص على آخر أنه اقترض منه ألف جنيه وطالبه بأدائها ، فدفع المدعى عليه هذه الدعوى بأداء هذا الدين إلى المدعى ، وحينئذ يصبح المدعى عليه مدعيا ، ويصبح المدعى مدعيا عليه .

وقال العلماء إنه إذا استطاع الدافع أن يثبت دعواه بإقرار المدعى ، أو بإقامته البينة اندفعت دعوى المدعى ، وإذا لم يستطع إثبات دعواه قام القاضى بتحليف المدعى الأصلى – بطلب من المدعى عليه – فإذا امتنع عن اليمين ثبت دفع المدعى عليه ، وبطلت الدعوى ، وإن حلف المدعى عادت الدعوى الأصلية ، وبين بعض فقهاء الحنفية أنه كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح دفعها بعد الحكم فى بعض الحالات .

محاضرات فى المرافعات الشرعية ، ألقاها على طلبة المعهد العالى للقضاء بالسعودية الدكتور عبد العظيم شرف الدين ، ص ٨٥ ، ٩٢ ، مكتوبة بالآلة الكاتبة .

قالوه فى دفع الدعوى بعد الحكم من القاضى ينطبق على الاستئناف لأنه ليس إلا نظر فى الدعوى مرة ثانية ، غير أن الفقهاء القدامى لا يشترطون تغيير القاضى الذى سينظر فى الدعوى مرة أخرى كما هو الحال فى الاستئناف بوصفه طريقا الطعن فى الأحكام فى القوانين الوضعية [1] .

ومن يرجع إلى كتب الحنفية يجد فيها ما يفيد هذا ، فقد بين بعضهم أنه كما يصح الدفع عند القاضى الأول يصح عند قاض آخر ، وكما يصح قبل الإشهاد يصح بعده ، وقال ابن نجيم فى أشباهه [2] بعد أن قرر هذا : " وهو المختار إلا فى ثلاث مسائل .

الأولى : إذا قال لى دفع ، ولم يبين وجهه لا يلتفت إليه .

الثانية : لو بين لكن قال : بينتى غائبة عن البلد ، لم يقبل .

الثالثة : لو بين دفعا فاسدا .

وفى الفقه المالكى نجد اختلافا بين فقهائه فيما لو أتى المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها ، وطلب فسخ الحكم عنه ، عل ثلاثة آراء :

الأول : أنه تسمع البينة ، فإن شهدت بما يوجب الفسخ فسخ الحكم عنه ، وهذا ما يراه ابن القاسم .

---

(١) تاريخ القضاء فى الإسلام ، لمحمود بن محمد بن عرنوس ، ص ٢١٤ ، ٢١٥ ، الطبعة الأولى .

(٢) الأشباه والنظائر ، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، ص ٢٢٥ ، طبعة ١٩٦٨ ، وحاشية قرة عيون الأخبار (تكملة حاشية ابن عابدين) لمحمد علاء ، ج ٧ ، ص ٤٩٠ .

الثانى : لا تسمع البينة ، وهذا ما يراه سحنون .

الثالث : إن قام البينة عند ذلك القاضى الحاكم نقضه ، وإن قام عند غيره لم ينقضه ، وهذا ما يراه ابن المواز (١) .

وإذا انتقلنا إلى فقه الشافعية نجد أنهم تكلموا عمن أخذ منه مال بناء على شهادة الشهود ، ثم ادعاه ، فقالوا : تسمع دعواه وترجح بينته بملكه على بينة خصمه ، لأن له يدا سابقة على المال .

واختلف فقهاء الشافعية فيما لو حكم القاضى بإزالة يد شخص عن عين من الأعيان التى تحت يده ، بناء على بينة أقامها شخص آخر ، فحكم له القاضى بهذه البينة مستندا إلى ما قبل إزالة يده مع استدامته إلى وقت الدعوى ، واعتذر عن ذلك بغيبة شهوده ـ مثلا ـ فيرى النووى أن على القاضى أن يسمع بينته وتقدم على بينة من حكم له القاضى بها ، لأن صاحب اليد قد أزيلت يده لعدم الحجة ، فإذا ظهرت الحجة حكم بها ، بخلاف ما إذا لم تستند بينته إلى ذلك ، أو لم يعتذر بما ذكر ونحوه فلا تقدم بينته .

ويرى القاضى حسين من فقهاء الشافعية أنه لا تسمع البينة ، فلا ينقض القضاء ، ونقل الهروى عن القاضى حسين أنه قال : أشكلت على هذه المسألة نيفا وعشرين سنة ، لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد وتردد فيها جوابى ، ثم استقر على أنه لا ينقض (٢) .

---

(١) تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، ج ١ ، ص ٨٠ .

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٨١ .

ومع احترامنا الكامل لكلا الرأيين فى الفقه الشافعى ، مع ميلنا إلــى ما يراه الإمام النووى من ترجيحه جانب اليد الذى لم يكن معه بينة وقت نظر الدعوى ، ثم تيسر له بعد ذلك أن يثبت حقه بالبينة ، نقــول مــع احترامنا لكلا الرأيين فإننا نستفيد من هذا الخلاف أن مبدأ الاســتئناف يقول بعض الفقهاء به من الشافعية ، لأن الاستئناف ما هــو إلا نظــر للدعوى مرة ثانية ، وهذا ما حدث هنا فى المسألة التى حكينا خــلاف فقهاء الشافعية فيها .

وخلاصة ما تقدم أن استئناف الأحكام قال به فقهاؤنا القدامى ، بــل عبر بعضهم بكلمة الاستئناف ، قال ابن القاص : " اتفق الجميع على أنه ليس للقاضى أن يتعقب حكم من كان قبله ، وعلى أنــه إن رفــع إليــه قضية قاض وكان فاسقا ، أو مرتشــيا ، أو ســاقط العدالــة لا يجــوز قضاؤه، كان عليه نقضه ، واستئناف الحكم بين الخصمين " [1] .

وقد قال باستئناف الأحكام بعض فقهاء الحنفية ، وبعــض فقــهاء المالكية ، وبعض فقهاء الشافعية ، وأقوى ما يمكن الاستدلال به لــهذا قول رسول الله ﷺ " البينة على المدعى " فهو عام يشمل حالة ما قبــل الحكم من القاضى ، وحالة ما بعد الحكم ، كما بينا ذلك فيما سبق .

متى ينقض الحكم ؟

نريد بالنقض هنا إبطال الحكم واعتباره كأن لم يكن ، وهو المعنــى الذى يقصده فقهاؤنا القدامى عندما يتكلمون عن نقض الأحكام كما سـبق أن بينا ، وهو من المعانى اللغوية لكلمة النقض .

(١) أدب القاضى ، لابن القاص ، ج ٥٢ ، ص ٣٧٢ .

ونحب فى البداية أن نبين أمرين :

أحدهما : أن العلماء متفقون على أنه ليس للقاضى أن يتعقب حكم من كان قبله من القضاة ، واتفقوا أيضاً على أنه إن رفع إليه قضية قاض كان فاسقاً ، أو مرتشيا ، أو ساقط العدالة لا يجوز قضاؤه ، فإنه يجب أن ينقضه ، وأن يستأنف الحكم بين الخصمين .

وكذلك اتفقوا على أنه إن رفع إليه قضاء قاض عدل فوجده قد خالف قرآنا أو سنة فإنه يجب عليه أن ينقضه ، وأن على القاضى أن يرده على نفسه أيضاً إن كان قد أخطأ فى مثل ذلك [١] .

الأمر الثانى : أن العلماء صرحوا بأن حكم القاضى فى المسائل المجتهد فيها لا ينقض ، أى حكم قاض فى مسألة من المسائل الخلافية التى اجتهد العلماء فيها ، وكان لكل فريق رأى فيها ، فلا يصح لقاض آخر أن ينقض هذا الحكم .

قال ابن قدامة – الفقيه الحنبلى المشهور – بعد أن بين آراء العلماء وأدلتهم فى مسألة تولى المرأة عقد الزواج ، ورجح الرأى القائل بأن الزواج لا يصح إلا بولى ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها فى تزويجها ، فإن فعلت لم يصح عقد الزواج ، قال ابن قدامة بعد أن بين ذلك : " فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم ، أو كان المتولى لعقده حاكما لم يجز نقضه " [٢] .

---

(١) أدب القاضى ، لأبى العباس أحمد بن أبى أحمد الطبرى ، المعروف بابن القاص ، تحقيق الدكتور حسين خلف الجبورى ، ج ٢ ، ص ٣٧٢ ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩ .

(٢) المغنى ، لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٣٣٩ .

أمثلة للمسألة :

وذكر العلماء أمثلة للمسائل الخلافية التى لا يصح للقاضى أن ينقض الحكم فيها إذا كان مخالفا لما يراه ، منها الحكم ببطلان خيار المجلس ، ومنع القصاص من القتل العمد بالمثقل ، وصحة الزواج بعبارة المرأة ، أو بشهادة ممن لم يتوفر فيه شرط العدالة ، وانه لا قصاص بين الرجل والمرأة فى الأطراف ، ورد الزوائد مع الأصل فى الرد بالعيب ، فالقاعدة المستقرة عند العلماء أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، وقالوا إن الدليل على هذه القاعدة إجماع الصحابة ، ورووا أن أبا بكر حكم فى مسائل خالفه فيها عمر ولم ينقض حكمه ، وحكم عمر فى الجد فى الميراث أحكاما مختلفة .

وعلل العلماء هذه القاعدة بأن الاجتهاد الثانى ليس أولى من الاجتهاد الأول ، فلو أجيز نقض الأحكام الاجتهادية أدى هذا إلى عدم الاستقرار فى الأحكام ، وفى ذلك مشقة شديدة تلحق بالناس ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض وهلم جرا [1] .

فالمسائل الاجتهادية ــ إذن ــ لا ينقض قاض حكم قاض آخر فيها بل صرح الكاسانى بأن القاضى لا يجب عليه نقض حكم فى قضية محل اجتهاد كان اجتهاده أداه إلى أن يحكم فيها برأى ، ثم تغير رأيه ، يقول الكاسانى : " وإن قضى فى حادثة وهى محل اجتهاد برأيه ، ثم رفعت إليه ثانيا فتحول رأيه بالعمل بالرأى الثانى ، فلا يوجب هذا نقض الحكم بالرأى الأول ، لأن القضاء بالرأى قضاء مجمع على جوازه ،

---

(١) الأشباه والنظائر ، للسيوطى ، ص ١٠١ .

لاتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضى أن يقضى فى محـل الاجتـهاد ، وبما يؤدى إليه اجتهاده ، فكان هذا قضاء متفقا على صحته ، ولا اتفاق على صحة هذا الرأى الثانى ، فلا تنقض المجمع عليه بالمختلف ، ولهذا لا يجوز لقاض آخر أن يبطل هذا القضـاء ، وقـد روى عـن أمـير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ أنه قضى فى حادثة ثـم قضـى فيـها بخلاف تلك القضية فسئل فقال : تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ، ولو رفعت إليه ثالثا فتحول رأيه إلى الأول يعمل به ، ولا يبطـل قضـاؤه بالرأى الثانى بالعمل بالرأى الأول ، كما لا يبطل قضاؤه الأول بـالعمل بالرأى الثانى " (١) ، ويحسن هنا أن ننبه أن هناك فارقا بين تغير الرأى فى قضية من القضايا والخطأ فى الحكم فيها ، فتغير الرأى شئ والخطأ شئ آخر ، والسؤال الآن : ما هو الحكم لو تبين خطأ القاضى ؟ هـل يبقى الحكم الذى صدر من القاضى ــ مع تبين خطئه ؟ أم ينقـض أى يحكم ببطلانه ؟

هذه قضية لعلمائنا ﷺ آراء فيها على الصورة الآتية التى سنذكرها مع ملاحظة أن نقض الحكم واجب . إذا خالف الشرع ــ على القاضى إذا رفعت إليه قضية حكم فيها قاض آخر فبان خطؤه ، وهـو واجـب أيضا على القاضى الذى أصدر هذا الحكم ، إذا بان لهذا القاضى خطـأ نفسه ، كما بينا ذلك سابقا ، ولكن ما هو الخطأ الذى يـبرر النقـض ؟ إليك الآن بيانا لما يراه العلماء فى هذه المسألة .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ، ص ٥ .

الرأى الأول : إن كان الخطأ لمخالفة نص الكتاب ، أو السنة أو الإجماع ، نقض حكمه ٠

وهذا ما يراه فقهاء الحنابلة ، والشافعى وزاد إذا خالف قياسا جليا نقضه ، لا قياسا خفيا ٠

ونسب ابن قدامة ــ الفقيه الحنبلى المشهور ــ إلى أبى حنيفة ومالك القول بأن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف الإجماع ، قال ابن قدامة : ثم ناقضا (يعنى أبا حنيفة ومالكا) ذلك فقال مالك : إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه ، وقال أبو حنيفة : إذا حكم بحل متروك التسمية (أى فى الذبائح) أو حكم بين العبد بالقرعة نقض حكمه ٠

وبالرجوع إلى ما كتبه الحنفية نجد أنهم يقررون أن حكم القاضى لا ينقض إلا إذا خالف القرآن أو السنة المشهورة أو الإجماع ٠

ومثل بعض الحنفية للحكم المخالف للكتاب الكريم بالقضاء بحل متروك التسمية عمدا ، لأنه فى رأيهم مخالف لقوله تبارك وتعالى: **﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾** ويرى البعض الآخر من الحنفية أن الأحسن أن يمثل بالقضاء بتقديم الوارث على الدين لأن القرآن صريح فى وجوب تقديم الدين على توزيع الميراث ٠

ومثل الحنفية للحكم المخالف للسنة المشهورة بالقضاء بحل المطلقة ثلاثا ، بعقد الزوج الثانى بلا دخول حقيقى ، لأن هذا مخالف للحديث المشهور ، وهو حديث العسيلة [(١)] ٠

---

(١) روى عن عائشة زوج رسول الله ﷺ أن امرأة رفاعة أتت رسول الله ﷺ وقالت : يا رسول الله ، أنى كنت تحت رفاعة فطلقنى آخر التطليقات الثلاث ، وتزوجت ==

ومثلوا للحكم المخالف للإجماع بحل متعـــة [1] النســـاء [2] ونجـــد الدردير أحد أشهر فقهاء المالكية يقرر أن حكم القاضى ينقض إذا خالف إجماعا ، أو نصا ، أو قياسا جليا [3] .

=عبد الرحمن بن الزبير ، فوالله ما وجدت منه إلا مثل الهدبة (هدبــــة الثـــوب : حاشية الثوب) فتبسم رسول الله ﷺ وقال : لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعــــة ؟ لا ، حتى تذوقى عسليته ويذوق عسليتك .

(1) معنى المتعة الزواج المؤقت بأمد معلوم أو أمد مجهول ، وســـمى زواج المتعـــة لأن المقصود منه مجرد التمتع لمدة معينة ، وقد أجمع العلماء على أن زواج المتعة كـــان مباحا مدة ثم نسخ حكم الإباحة فصارت محرمة ، وشذت فرقة الإمامية إحدى فـــرق الشيعة الإمامية عن الإجماع فقالوا بأن المتعة لازالت مباحة .

(2) الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمد بن مودود ، ج ٢ ، ص ١٢٠ ، ومجمـــع الأنهر ، ج ٢ ، ص ١٦٩ .

(3) مثال الحكم المخالف للإجماع ما لو مات شخص وترك أخوة ، وجدا فحكـــم القـــاضى بـــأن الميراث كله للأخوة دون الجد ، فهذا الحكم مخالف للإجماع ، لأن علماء الأمة الإســـلامية على رأيين : رأى يقول بأن الجد يحجب الأخوة فى الميراث كما يحجبـــهم الأب ، فيكـــون الميراث كله للجد ، ورأى يقول بأن الجد يقاسم الأخوة أما حرمان الجد من الميراث بالكليـــة فلم يقل به أحد من العلماء فمتى حكم بهذا قاض بناء على أن الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلـــى بالأبوة والبنوة مقدمة على الأبوة وجب نقض هذا الحكم ، ولو كان من قال بهذا مفتيا لم يجز تقليده .

ومعنى القياس الجلى هو ما قطع فيه بنفى تأثير الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، أو ببعد تأثيره ، فالأول هو قياس الأولى كقياس الضرب على التأفيف للوالدين ، الـــذى ورد تحريمه فى قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ بجامع الإيذاء والثانى قيـــاس المساوى ، كقياس إحراق مال اليتيم على أكله ، فإن الفارق بين الضرب والتـــأفيف وهو أن الضرب إيذاء بالفعل والتأفيف إيذاء بالقول ، لا يؤثر فى الحكم وهو حرمـــة الضرب أى لا ينفيها ، والفارق بين الإحراق والأكل وهو أن الأول إتلاف بلا فـــائدة بخلاف الثانى بعيد ، فلا ينفى الحرمة ، فلو حكم قاض بعدم تعزير من ضرب أبـــاه لكون الضرب ليس حراما بطل حكمه وكذلك لو حكم بعدم تعزير من أحرق مال يتيم لكون الإحراق ليس حراما بطل حكمه ، وأما القياس الأدون فهو القيـــاس الخفـــى ، كقياس الذرة أو الأرز على القمح فى باب الربا بجامع الطعم فإن الفارق موجود وهو كثرة الاقتيات فى القمح دون الذرة والأرز فالقياس الجلـــى يشـــمل قيـــاس الأولـــى والمساوى كما صرح بذلك بعض علماء الشافعية فى كتب الفقه والأصول .

حاشية الشرقاوى على التحرير ، ج ٢ ، ص ٤٩٥ . مطبعـــة دار إحيـــاء الكتـــب العربية وحاشية الجمل على شرح المنهج ، ج ٥ ، ص ٣٥١ .

ومثل للحكم المخالف للنص بأن يحكم بالشفعة للجار ، وعلل لهذا بأن الحديث الصحيح وارد باختصاصها بالشريك دون الجار ، ولم يثبت له معارض صحيح عند المالكية ٠

وكذلك ينقض الحكم عند المالكية إذا ضعف دليله ، ومثلوا لهذا الحكم بغير الشهود العدول ، أو بالأقوال الضعيفة المردودة فى المذهب الفقهى الذى ينتمى إليه القاضى ، ومن ذلك عندهم الحكم بتوريث ذوى الأرحام والشفعة للجار (١) ٠

وبين بعض فقهاء الشافعية أن قضاء القاضى ينقض إذا تبين وجود خطأ به ، لأن القاضى منصوب لكى يحكم بين الناس بأحكام الشرع ، وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها ، ووجودها يثبت عند القاضى بطريق شرعى ، والخطأ محصور فى ثلاثة مواطن ٠

أحدها : أن يكون الخطأ فى الحكم الشرعي بأن يكون القاضى حكم بحكم يخالف نصا ، أو إجماعا ، أو قياسا جليا ٠

فيجب نقضه لتحقق الخلل فى الحكم ، أى يجب الحكم ببطلان الحكم المتقدم ، وبيان أنه لم يقع صحيحاً ، لأنه ليس بحكم الشرع ، والقاضى أو الحاكم إنما يثبت الشرع ، فلا يكون حكمه صحيحا إلا إذا حكم بحكم الشرع ، وكلمة " نقض الحكم " هنا فى هذا الموطن متمكنة ، لأن المقصود إبطال ذات الحكم الذى صدر من القاضى ٠

---

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٥ ، ص ٢١ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ، ص ١٥٣ ٠

الثانى : أن يكون الحكم مبنيا على سبب يظن القاضى وجوده ، وهو فى الواقع غير موجود ، كما لو حكم القاضى بشهادة زور ، وهو لا يعلم أنها شهادة زور ، فإذا تبين أنها شهادة زور فإن الحكم المبنى عليها ينقض فى بعض المواضع بالإجماع ، وفى بعضها بخلاف فيه بين العلماء .

والخطأ هنا فى السبب ووضع الحكم فى غير موضعه ، والنقض هنا معناه إبطال تعلق الحكم بذلك المحل ، وكلمة " نقض الحكم " فى هذا الموطن غير متمكنة ، وذلك لأنه لم ينقض الحكم فى ذاته لوجود خلل به وإنما نقض عن ذلك المحل وأخرج المحل عنه ، فالخطأ حصل فى السبب لا فى الحكم ، والمخطئ هنا هو الشاهد لا القاضى الذى أصدر الحكم ، وإن كان حصل للقاضى نوع من الخطأ وهو أنه ظن وجود السبب الحاصل بالشهادة .

الثالث : أن يكون الخلل فى الطريق ، كما لو حكم القاضى بشهادة كافرين ، فهذا الحكم لا يصح لاشتراط الإسلام فى الشاهد ، فإذا تبين أن الشاهدين كافران فإنه يجب نقض الحكم ، سواء كان المشهود به صحيحا أم لا ، لأن الحكم المعتبر شرعا هو ما كان ثابتا بطريقه الشرعى ، فإذا كان بغير الطريق الشرعى فقد حصل الخطأ فى الطريق فيجب نقضه ، والخطأ هنا حدث من القاضى فى اعتقاده عدالة الشهود ، وكلمة " نقض الحكم " هنا كهى فى الموطن الثانى ، وإن كان الفقهاء أطلقوا كلمة " النقض " على جميع المواطن وهو الصحيح [١] .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكى ، ج ١ ، ص ٤٠٦ ، ويظهر لى أن هذا ما نقله عبد الوهاب بن السبكى عن والده على بن عبد الكافى السبكى .

الرأى الثانى : ينقض القاضى جميع ما بان له خطؤه ٠

وهذا الرأى محكى عن أبى ثور ، وداود الظاهرى ٠

أدلة من قال بالنقض إذا خالف القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع :

وقد استدل من قال بنقض حكم القاضى إذا خالف الكتاب الكريم أو السنة أو الإجماع بما يأتى :

أولا : قول الرسول ﷺ " **من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد** " ٠

ثانياً : حديث معاذ لما أرسله رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيا قال له : بم تحكم ؟ قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى لا آلو ، قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى الله ورسوله " ٠

فهذا الحديث الشريف بين أنه لا اجتهاد مع الكتاب والسنة فشرط الحكم بالاجتهاد عدم النص [1] ٠

ثالثاً : الإجماع قام على نقض الحكم إذا خالف أمرا مجمعا عليه بين العلماء [2] ٠

رابعاً : ما روى أن عمر ﷺ كان يفاضل بين الأصابع فى الدية ، نظراً لتفاوت منافعها ، فلما روى له حديث عن رسول الله ﷺ فى التسوية نقض حكمه ، رواه الخطابى فى المعالم ٠

---

(١) الشرح الصغير لأحمد الدردير ، ج ٥ ، ص ٢١ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، ج ٤ ، ص ١٥٣ ٠

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٧ ، والمغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٤ ٠

خامسا : ما روى أن عليا ﷺ نقض قضاء شريح فى إحدى مسائل الميراث ، وهى وفاة شخص عن ابنى عم أحدهما أخ لأم بأن الميراث كله للأخ ، متمسكا بقوله تعالى : ﴿ **وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض** ﴾ فقال له على : قال الله تعالى ﴿ **وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس** ﴾ .

الاستدلال لعدم النقض فى حال مخالفة القياس الخفى :

استدل لهذا بأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها بعضا لما استمر حكم ، ولشق الأمر على الناس .

ومن المشهور عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه حكم بحرمان الإخوة الأشقاء فى المسألة المشتركة فى الميراث [١] ، ثم شرك بينهم وبين الإخوة لأم بعد ذلك ، ولم ينقض قضاءه الأول ، وقال ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضى [٢] .

هذا ، وقد صرح العلماء بأنه فى حالة النقض يجب على القاضى أن يبين السبب الذى نقض الحكم من أجله ، حتى لا ينسب للجور والهوى بنقضه الأحكام التى حكم بها غيره من القضاة [٣] .

دليل الرأى القائل بأن على القاضى أن ينقض جميع ما بان له خطؤه :

---

(١) المسألة المشتركة فى الميراث هى : إذا ماتت امرأة وتركت : زوجا ، وأما أوجده ، واثنين فاكثر من الأخوة لأم ، وأخوة أشقاء واحدا أو أكثر ذكورا فقط ، أو ذكورا وإناثا ، وقد سماها العلماء بالمشتركة لاشتراك الأخوة الشقاء مع الأخوة لأم فى الميراث وتسمى الحمارية لقول الأشقاء لعمر هب أن أبانا كان حمارا ، والحجرية ، أو اليمية ، لقولهم : هب أن أبانا كان حجرا فى اليم .

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٦ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ، ج ٢ ، ص ١٢ ، والمغنى ج ١١ ، ص ٤٠٤ .

وأما الرأى القائل بأن على القاضى أن ينقض جميع ما بان له خطؤه ، فيدل له ما رواه البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة أنه قال : قال رسول الله ﷺ : " بينما امرأتان معهما ابناها جاء الذئب فذهب بابن إحداهما ، فقالت هذه لصاحبتها : إنما ذهب بابنك ، وقالت الأخرى : إنما ذهب بابنك ، فتحاكمتا إلى داود عليه السلام ، فقضى به للكبرى ، فخرجتا إلى سليمان فأخبرتاه ، فقال : ائتونى بسكين أشقه بينكما نصفين ، فقالت الصغرى : لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى " [١] .

وفى ختام الكلام عن هذه المسألة تحب أن نبين أن هناك رأيا ضعيفا يذهب إلى أن القاضى لا ينقض حكمه إذا أخطأ ، واستند هذا الرأى الغريب إلى ما رواه البخارى ومسلم عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " إذا حكم الحاكم [٢] فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ [٣] فله أجر " .

والجواب عن هذا الاستدلال أن هذا الحديث الشريف لا يدل على أن القاضى لا ينقض حكمه إذا أخطأ ، وذلك لأن المراد أن يكون الحاكم اجتهد فأخطأ الحكم الذى عند الله ﷻ فى نفس الأمر من الحق ، وهذا الخطأ لن نعلمه إلا يوم القيامة أو بوحى من الله تبارك تعالى ، والكلام

---

(١) سبل السلام ، للصنعانى ج ٤ ، ص ١١٩ .

(٢) أى إذا أراد الحكم ، بدليل قوله بعد ذلك : " فاجتهد " فإن الاجتهاد إنما يكون قبل الحكم .

(٣) أى لم يوافق ما هو عند الله تعالى من الحكم .

هنا فى خطأ الحاكم الذى يظهر له فى الدنيا من عدم استكمال الشـــروط التى يجب أن تتوفر فى الحكم أو نحو ذلك [١] .

كما نحب أن نبين أن بعض فقهاء المالكية قسم مـــا أخطـــأ فيـــه القاضى إلى أربعة أقسام :

الأول : أن يكون قضاؤه مخالفا للكتاب والســـنة وإجمـــاع علمـــاء الأمة .

الثانى : أن يكون قد أراد أن يحكم بمذهب معين فذهب فى حكمــــه إلى غير هذا المذهب .

الثالث : أن يكون قد اجتهد لنفسه ، فحكم بالرأي الذى يـــرى أنـــه صواب ، ثم تبين له بعد ذلك باجتهاد ثان أن الصواب خلاف ما حكـــم به .

الرابع : أن يكون حكم فى القضية التى ينظرها بناء علــــى ظـــن وتخمين بدون اجتهاد ولا رأى .

فأما حكم الأول فإنه يفسخ حكمه إذا خالف الحق المقطوع به ، فإذا لم يفسخ هو هذا الحكم حتى جاء قاض آخر بعده فإنه يجب على من أتى بعده أن يفسخ هذا الحكم ، لأنه مما يقطع ببطلانه ولا يجوز الإقـرار عليه .

وأما القسم الثانى وهو إذا كان يقصد أن يحكم بمذهب معين فذهـب فى حكمه إلى غير هذا المذهب فهذا يفسخه هو بنفسه ، ولا يفسخه مـن يتولى القضاء بعده ، وإنما لم يكن لغيره أن يفسخ هذا الحكم لأن ظاهره

---

(١) سبل السلام ، ج ٤ ، ص ١١٩ ، ١٢٠ .

الصحة إذا كان جاريا على مذهب بعض العلماء ، ولا يعلم خطؤه ، إلا من قوله هو فلم يكن للثانى سبيل إلى نقضـــــه ، إلا إذا شـــهدت بينـــة حضرته ، وعلمت قصده فى الحكم وذهابه عنه إلى سبيل الخطأ ، فـــإذا شهد شاهدان بذلك عند القاضى الثانى نقضه ولم يمضه .

وأما القسم الثالث فمذهب ابن القاسم وغيره أنه يرجع إلى الـــرأى الثانى الذى انتهى إليه باجتهاده الثانى ويفسخ الحكم الأول .

ومذهب ابن الماجشون وسحنون وغيرهما أنه لا يجوز له أن يفسخ الحكم الأول .

وأما القسم الرابع وهو أن يكون قد حكم بناء على ظن وتخمين مـن غير نص أو اجتهاد فى الأدلة فذلك باطل ، لأن الحكم بالظن فســـق ، وظلم ، وخلاف الحق ، ويجب على القاضى الذى أصدر هذا الحكـم أن يفسخه بنفسه ، كما يجب على غيره أن يفسخه إذا ثبت أنه حكم به على هذه الصورة [1] .

---

(1) معين الحكام على القضايا والأحكام لأبى إسحاق إبراهيم بن حسين بن عبد الرفيـــع ، تحقيق الدكتور محمد بن قاسم بن عياد ، الجزء الثـــانى ، ص ٦٣٨ ، دار الغـــرب الإسلامى ، بيروت .

ثم أما بعد ، فهذا ما يسر الله تبارك وتعالى كتابته فى موضـــوع النظام القضائى فى الفقه الإسلامى ، وأدعوه ﷻ أن ينفع بما كتبـت ، وأن يغفر لى ما قصرت وما أخطأت فيه ، ربنا آتنا فى الدنيـا حسـنة وفى الآخرة حسنة وقنا عـذاب النـار ، رب اغفـر لـى ولوالـدى وللمسلمين • وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابـه ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين •

دكتور محمد رأفت عثمان

أستاذ الفقه المقارن

عميد كلية الشريعة والقانون ــ بجامعة الأزهر

عضو مجمع البحوث الإسلامية

عضو مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا

مصادر البحث

١ ــ القرآن الكريم .

(أ)

٢ ــ أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكى الدين شعبان .

٣ ــ إعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية .

٤ــ الإسلام والحضارة العربية ، لمحمد كرد على .

٥ــ الأحكام السلطانية ، للماوردى . دار التوفيقية .

٦ــ أدب القاضى والقضاء ، لأبى المهلب هيثم بن سليمان القيسى ، تحقيق الدكتور فرحات الدشراوى .

٧ــ أدب القاضى ، لأحمد بن أبى أحمد الطبرى ، المعروف بابن القاص .

٨ــ أدب القاضى ، للماوردى .

٩ــ أسهل المدارك ، شرح إرشاد السالك فى فقه إمام الأئمة مالك ، جمع أبى بكر بن حسن الكشناوى .

١٠ــ الأشباه والنظائر لعبد الوهاب بن على عبد الكافى السبكى ، دار الكتب العلمية ــ بيروت .

١١ــ أصول الفقه الإسلامى ، بدران أبو العينين .

١٢ــ أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكريا البرى ، دار إحياء التراث العربى .

١٣ــ الأعلام ، للزركلى .

١٤ــ أحكام القرآن ، لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى . دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت ، ومطبعة الحلبى بمصر .

١٥ــ إرشاد الفحول ، لمحمد بن على بن محمد الشوكانى .

١٦ــ أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، للشيخ قاسم القونوى ، تحقيق الدكتور أحمد عبد الرازق الكبيسى . الطبعة الأولى .

١٧ــ الأشباه والنظائر ، للسيوطى .

١٨ــ إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى ، للقسطلانى ــ دار الفكر بمصر .

١٩ــ الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ، لمحمد بن أحمد الشربينى الخطيب . مطابع الشعب .

٢٠ــ الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمود بن مودود ، مطابع الشعب .

٢١ــ أدب القضاء ، لإبراهيم بن عبد الله الهمدانى ، المعروف بابن أبى الدم ، تحقيق ودراسة الدكتور محيى هلال السرحان .

٢٢ـ الأم ، للإمام الشافعى .

٢٣ـ أحكام القرآن ، للجصاص .

٢٤ـ الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية ، للشيخ على قراعة .

٢٥ـ أصول السرخسى . دار المعرفة للطباعة ـ بيروت .

٢٦ـ أصول الشاشى . دار الكتاب العربى ـ بيروت .

٢٧ـ أصول الدين ، للبغدادى ، دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٢٨ـ أدب القاضى ، للخصاف .

٢٩ـ أصول المرافعات ، للدكتور أحمد مسلم . دار الفكر العربى .

٣٠ـ الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم .

(ب)

٣١ـ البهجة فى شرح التحفة ، لعلى بن عبد السلام التسولى ، على تحفة الحكام ، لابن عاصم .

٣٢ـ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، لأحمد بن يحيى ابن المرتضى ، دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة .

٣٣ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد (الحفيد) .

٣٤ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لأبى بكر بن مسعود الكاسانى .

٣٥ـ بلغة السالك لأقرب المسالك ، إلى مذهب الإمام مالك ، لأحمد بن محمد الصاوى ، على الشرح الصغير لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر .

٣٦ـ بحوث فى قواعد المرافعات والقضاء فى الإسلام ، للدكتور عبد العزيز خليل بديوى .

٣٧ـ التعريفات ، لعلى بن محمد الجرجانى .

٣٨ـ تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومنهاج الأحكام ، لإبراهيم بن على بن فرحون ، مطبوع بهامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك ، للشيخ محمد أحمد عليش .

٣٩ـ تكملة المجموع ، لمحمد نجيب المطيعى .

٤٠ـ تاريخ الإسلام السياسى والمدنى والثقافى والاجتماعى ، للدكتور حسن إبراهيم حسن .

٤١ـ تاريخ الأدب العربى للأستاذ أحمد حسن الزيات .

٤٢ـ التاريخ الإسلامى والحضارة الإسلامية ، للدكتور أحمد شلبى .

٤٣ـ تاريخ القضاء فى الإسلام ، لمحمود بن محمد بن عرنوس .

٤٤ـ تاريخ القضاء فى الإسلام ، للدكتور أحمد عبد المنعم البهى .

٤٥ـ تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير .

٤٦ـ التشريع الجنائى الإسلامى ، للأستاذ عبد القادر عودة ، دار التراث بالقاهرة .

٤٧ـ تبيين المسالك ، للشيخ عبد العزيز محمد .

٤٨ـ تكملة فتح القدير ، لشمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده .

٤٩ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى .

٥٠ـ التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ، لابن حجر ، شركة الطباعة الفنية .

٥١ـ التراتيب الإدارية ، لعبد الحى الكتانى .

(ج)

٥٢ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ، محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى .

٥٣ـ جامع الفصولين ، لمحمود بن إسرائيل ، الشهير بابن قاضى سماونة .

٥٤ـ جواهر الإكليل ، شرح مختصر خليل ، لصالح عبد السميع الآبى دار إحياء الكتب العربية .

(ح)

٥٥ـ حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ، وهو شرح لأرجوزة تحفة الحكام ، لمحمد بن محمد بن عاصم .

٥٦ـ حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ، للشيخ زكريا الأنصارى ، دار إحياء الكتب العربية .

٥٧ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، لأحمد الدردير .

٥٨ـ حاشية أحمد بن عبد الرازق ، المعروف بالمغربى الرشيدى ، على شرح نهاية المحتاج للرملى .

٥٩ــ حاشية قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين ، للنووى ٠

٦٠ــ حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ، للرملى ٠

٦١ــ حاشية الصاوى على الشرح الصغير ، للدردير ٠

٦٢ــ الحاوى ، للماوردى مخطوط بدار الكتب المصرية ٠

٦٣ــ حاشية سعدى جلبى ، مطبوعة مع شرح فتح القدير ، للكمال بن الهمام ٠

٦٤ــ حاشية الجمل على شرح المنهج ، لزكريا الأنصارى ٠ مطبعة مصطفى محمد بمصر ٠

٦٥ــ حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ٠ مطابع الشعب ، وطبعة أخرى بمطبعة عيسى البابى الحلبى ٠

٦٦ــ حاشية قرة عيون الأخيار ، (تكملة حاشية ابن عابدين) ، لمحمد علاء نجل ابن عابدين ٠

٦٧ــ حاشية سليمان البجيرمى على شرح منهاج الطالبين ، لزكريا الأنصارى ٠

٦٨ــ حجية القرائن فى القانون والشريعة ، للشيخ فتح الله فتح الله زيد ، رسالة للأستاذية مقدمة إلى كلية الشريعة بجامعة الأزهر ، سنة ١٣٥٥هــ مكتوبة بالخط الرقعة ، وهى بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة برقم ٤٢ ٠

(د)

٦٩ــ دروس فى أحكام الالتزام ، للدكتور فتحى عبد الرحيم عبد الله .

٧٠ــ الداء والدواء ، لابن قيم الجوزية . طبعة خاصة بجهاز الإرشاد والتوجيه بالحرس الوطنى بالسعودية .

(ر)

٧١ــ رد المحتار (حاشية ابن عابدين) على الدر المختار ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر .

٧٢ــ الروض المربع ، لمنصور بن يونس البهوتى ، بحاشية العنقرى .

٧٣ــ الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد فى كل عصر فرض ، للسيوطى .

(ز)

٧٤ــ زوائد الكافى والمحرر على المقنع ، لعبد الرحمن بن عبيدان .

٧٥ ــ زاد المعاد ، لابن القيم .

(س)

٧٦ــ سبل السلام ، للصنعانى محمد بن اسماعيل ، شرح بلوغ المرام لابن حجر العسقلانى .

٧٧ــ السلطات الثلاث فى الإسلام، للشيخ عبد الوهاب خلاف ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ــ عدد يونيو سنة ١٩٣٥ .

٧٨ـ السنن الكبرى ، للبيهقى ٠

٧٩ـ سنن النسائى ٠

٨٠ـ السيل الجرار ، المتدفق على حدائق الزهار ، لمحمد بن على الشوكانى ، تحقيق محمود النواوى وآخرين ٠ من مطبوعات المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر ٠

٨١ـ سنن الترمذى ٠

٨٢ـ سنن ابن ماجه ٠

٨٣ـ سنن الدار قطنى ٠

٨٤ـ سنن أبى داود ٠

(ش)

٨٥ـ الشرح الصغير ، لأحمد الدردير ٠

٨٦ـ شرح العناية على الهداية ، لمحمد بن محمود البابرتى ، مطبوع مع فتح القدير ، للكمال بن الهمام ٠

٨٧ـ شرائع الإسلام ، للحلى ٠

٨٨ـ الشرح الكبير ، لأحمد الدردير ، وحاشية الدسوقى عليه ٠

٨٩ـ شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ، للحلّى ، جعفر بن الحسن ، تحقيق عبد الحسين محمد على ٠ دار الأضواء ـ بيروت ٠

٩٠ـ شرح الأسنوى على منهاج الوصول فى علم الأصول ، للبيضاوى ٠

٩١ـ شرح صحيح مسلم ، للنووى ٠

٩٢ـ الشهاوى فى مصطلح الحديث ، للدكتور إبراهيم دسوقى الشهاوى .

٩٣ـ شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى .

٩٤ـ شرح الكنز ، لمحمود العينى .

٩٥ـ شرح الأمير على نظم ٣٩ مسألة لا يعذر فيها بالجهل ، لبهرام ابن عبد الله .

٩٦ـ الشرح الكبير ، لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة المقدسى ، مطبوع مع المغنى ، لعبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة .

٩٧ـ الشبهات وأثرها فى إسقاط الحدود ، للدكتور أنور دبور .

٩٨ـ شرح التلويح على التوضيح للتفتازانى . دار الكتب العلمية . بيروت .

٩٩ـ شرح الخرشى على مختصر خليل ، لمحمد الخرشى . دار صادر ـ بيروت .

(ص)

١٠٠ـ صحيح البخارى ، مطبعة الفجالة .

١٠١ـ صحيح مسلم بشرح النووى . المطبعة المصرية .

(ط)

١٠٢ـ الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية ، المؤسسة العربية للطباعة و لنشر .

(ع)

١٠٣ـ عبقرية الإسلام فى أصول الحكم ، للدكتور منير العجلانـــى . دار النفائس ـ بيروت .

١٠٤ـ شرح العناية لمحمد محمود البـــابرتى للهدايـــة للميرغينـــانى ، مطبوع مع فتح القدير ، للكمال بن الهمام .

(غ)

١٠٥ـ الغاية القصوى فى دراية الفتوى ، لعبد الله بن عمر البيضاوى ، تحقيق على محيى الدين على القره داغى .

(ف)

١٠٦ـ فجر الإسلام ، لأحمد أمين .

١٠٧ـ فتح البارى ، بشرح صحيح البخارى ، لابن حجر العســقلانى ، المكتبة السلفية .

١٠٨ـ فقه محمد بن جرير الطبرى ، للدكتور محمد رواس قلعة جى ، مكتوب بالآلة الكاتبة .

١٠٩ـ فتح القدير ، للكمال بن الهمام .

١١٠ـ الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، لمحمد بـــن الحســـن الحجوى .

١١١ـ فريضة القضاء بين الشريعة الإسلامية والقـــانون الوضعـــى ، للدكتور محمود الزينى .

١١٢ـ فتاوى الإمام النووى المسماة المسائل المنثورة ، دار الكتب العلمية ـ بيروت ،

١١٣ـ الفقه الإسلامى وأدلته ، للدكتور وهبة الزحيلى ، دار الفكر ـ دمشق ،

١١٤ـ الفروق ، للقرافى ، مع إدارار الشروق على أنواء الفروق ، لقاسم بن عبد الله الأنصارى ،

(ق)

١١٥ـ القضاء فى الإسلام وحماية الحقوق ، للدكتور عبد العزيز خليل بديوى ،

١١٦ـ قانون القضاء المدنى الكويتى ، للدكتور فتحى والى ، مطبعة جامعة الكويت ،

١١٧ـ قواعد الأحكام ، للعز بن عبد السلام ،

١١٨ـ القضاء فى الإسلام ، للأستاذ محمد سلام مدكور ،

١١٩ـ القضاء فى الإسلام بوجه عام ،وفى العهد الإسلامى فى مصر بوجه خاص إلى سنة ٣٥٨هـ ، لعطية مصطفى مشرفة ، الطبعة الأولى ،

١٢٠ـ قوانين الأحكام الشرعية ، لمحمد بن جزى ،

١٢١ـ القرائن ودورها فى الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى ، للدكتور أنور دبور ،

(ك)

١٢٢ـ كشاف القناع ، لمنصور بن يونس البهوتى .

١٢٣ـ كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار ، لأبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى . دار إحياء الكتب العربية بمصر .

(ل)

١٢٤ـ لسان العرب ، لابن منظور .

١٢٥ـ اللباب ، لعبد الغنى الغنيمى ، فى شرح الكتاب ، لأحمد بن محمد القدورى .

(م)

١٢٦ـ المستصفى ، للغزالى دار الكتب العلمية ـ بيروت .

١٢٧ـ المصباح المنير ، لمحمد بن على المقرى الفيومى .

١٢٨ـ مواهب الجليل للحطاب ، شرح مختصر خليل .

١٢٩ـ المعتمد ، لأبى الحسين محمد بن على الطيب البصرى .

١٣٠ـ مغنى المحتاج ، لمحمد الشربينى الخطيب .

١٣١ـ المغنى لابن قدامة . طبع دار الكتاب العربى ـ بيروت .

١٣٢ـ المنتقى ، للباجى ، شرح موطأ مالك . مطبعة السعادة . الطبعة الأولى .

١٣٣ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل ، دار المعارف ١٩٤٧ م .

١٣٤ــ المنتقى ، لسليمان بن خلف بن سعد الباجي ، شرح موطأ مالك ، مطبعة السعادة • الطبعة الأولى •

١٣٥ــ منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب ، للدكتور عبد السميع إمام •

١٣٦ــ المحلى ، لابن حزم • دار الآفاق الجديدة ــ بيروت •

١٣٧ــ محاضرات في علم القضاء ، للدكتور عبد العال عطوة ، مكتوبة بالآلة الكاتبة •

١٣٨ــ محاضرات في تاريخ الأمم الإسلامية ، لمحمد الخضري •

١٣٩ــ مجمع الأنهر ، لعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماداففندي ، في شرح ملتقى الأبحر ، لإبراهيم الحلبي •

١٤٠ــ المعيار المعرب والجامع المغرب ، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي •

١٤١ــ المدخل للفقه الإسلامي ، للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي •

١٤٢ــ المقنع ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، دار الكتب العلمية ــ بيروت •

١٤٣ــ مجموع فتاوى أحمد بن تيمية ، تصوير الطبعة الأولى سنة١٣٩٨هــ •

١٤٤ــ المجاني الزهرية ، لمحمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم على الفواكه البدرية ، لمحمد بن محمد بن خليل ، المعروف بابن الغرس •

١٤٥ـ مسالك الدلالة فى شرح متن الرسالة ، لأحمد بن محمد بن الصديق •

١٤٦ـ المهذب ، لأبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى ، مطبعة عيسى البابى الحلبى بمصر •

١٤٧ـ المقدمة السلطانية فى السياسة الشرعية ، لطوغان شيخ المحمدى الأحمدى من علماء الحنفية فى القرن التاسع الهجرى ، وهى موضوع رسالة ماجستير مقدمة من يوسف صديق إسماعيل إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، مكتوبة بالآلة الكاتبة •

١٤٨ـ المختصر الوجيز فى علوم الحديث ، للدكتور محمد عجاج الخطيب ، مؤسسة الرسالة •

١٤٩ـ مختار الصحاح ، لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى •

١٥٠ـ محاضرات فى علم القاضى والقرائن والنكول عن اليمين ، والقيافة ، للدكتور عبد العال عطوة ، مكتوبة بالآلة الكاتبة •

١٥١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، لعلى بن خليل الطرابلسى ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر •

١٥٢ـ مختصر المقنع ، لشرف الدين أبو النجا •

١٥٣ـ المختار من كتاب اللباب ، لعبد الغنى الغنيمى ، فى شرح الكتاب ، لأحمد بن محمد القدورى • الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية •

١٥٤ـ من طرق الإثبات فى الشريعة والقانون ، للدكتور أحمد عبد المنعم البهى • دار الفكر العربى •

١٥٥ـ مقارنة المذاهب في الفقه للأستاذين محمود شلتوت ، ومحمد على السايس •

١٥٦ـ المبسوط ، للسرخسى •

١٥٧ـ المدونة الكبرى ، رواية سحنون عن ابن القاسم ، عن الإمام مالك بن أنس •

١٥٨ـ المدخل الفقهى العام ، للأستاذ مصطفى الزرقا •

١٥٩ـ موطأ مالك وشرحه تنوير الحوالك ، للسيوطى •

١٦٠ـ مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات الجديد ، للدكتور عبد الباسط جميعى •دار الفكر العربى •

١٦١ـ محاضرات فى المرافعات الشرعية ، ألقاها على طلبة المعهد العالى للقضاء بالسعودية الدكتور عبد العظيم شرف الدين ، مكتوبة بالآلة الكاتبة •

١٦٢ـ معين الحكام على القضايا والأحكام ، لأبى إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع ، تحقيق الدكتور محمد بن قاسم بن عياد •

(ن)

١٦٣ـ النيل وشفاء العليل ، عبد العزيز الثمينى ، مع شرحه ، لمحمد بن يوسف أطفيش ، الطبعة الثالثة • مكتبة الإرشاد بجدة •

١٦٤ـ نهاية المحتاج ، للرملى شرح المنهاج للنووى .

١٦٥ـ نور اليقين فى سيرة سيد المرسلين ، لمحمد الخضرى .

١٦٦ـ نيل الأوطار ، للشوكانى ، محمد بن على بن محمد .

١٦٧ـ نظام الحكم فى الإسلام ، للدكتور محمد فاروق النبهان .

١٦٨ـ نظام القضاء فى الإسلام ، للدكتور إبراهيم عبد الحميد ، مكتوب بالآلة الكاتبة .

١٦٩ـ نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ، لشمس الدين أحمد ابن قويدر ، وهى تكملة شرح فتح القدير ، للكمال بن الهمام . دار الفكر .

١٧٠ـ نظام القضاء فى الإسلام ، للمستشار جمال صادق المرصفاوى بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامى ، الذى عقد بالرياض سنة ١٩٣٦هـ .

١٧١ـ نصب الراية ، للزيلعى .

١٧٢ـ نظرية التوثيق فى الشريعة الإسلامية ، للدكتور أمين عبد المعبود ، مكتبة الصفار بالكويت .

١٧٣ـ نظرية الدعوى ، للدكتور محمد نعيم ياسين .

(هـ)

١٧٥ـ الهداية شرح بداية المبتدى كلاهما للمرغيناني ، مطبوعان مع فتح القدير للكمال بن الهمام ·

(و)

١٧٦ـ وسائل الشيعة في مسائل الشريعة ، لمحمد بن الحسن الحر العاملي · دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ·

الفهرست

الموضوع	الصفحة

الكتب التى صدرت للمؤلف

عنوان الكتاب	الناشر وتاريخ النشر
١ ــ رياسة الدولة فى الفقه الإسلامى (دراسة مقارنة) ٠	دارالكتاب الجامعى بالقاهرة عام ١٩٧٥ ٠ دار القلم بدبى بالإمارات العربية المتحدة عام ١٩٨٥ ٠
٢ ــ الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية فى الإسلام ٠	دارالكتاب الجامعى بالقاهرة عام ١٩٧٤ م ٠ دار اقرأ ببيروت عام ١٩٨٣ م دار الضياء بالقاهرة عام ١٩٩١ ٠
٣ ــ عقد الزواج ، أركانه ، وشروط صحته فى الفقه الإسلامى ــ دراسة مقارنة ٠	دارالكتاب الجامعى بالقاهرة عام ١٩٧٧ م ٠
٤ ــ الاستمتاع بين الزوجين فى الصوم والاعتكاف والحج ــ دراسة مقارنة ٠	دارالكتاب الجامعى بالقاهرة عام ١٩٨٠ م ٠
٥ ــ الحقوق الزوجية المشتركة فى الفقه الإسلامى ــ دراسة مقارن ٠	دار الكتاب الجامعى بالقاهرة ١٩٨٠ م
٦ ــ الحج والعمرة ــ دراسة مقارنة	دار الكتاب الجامعى بالقاهرة ١٩٨٠
٧ ــ سلطة القاضى فى التفريق بين الزوجين بالأمور التى تمنع الاستمتاع ــ دراسة مقارنة ٠	دار الكتاب الجامعى بالقاهرة عام ١٩٨١ م ٠

عنوان الكتاب	الناشر وتاريخ النشر
٨ ـ مهر الزوجة وما يتصل به من قضايا فى الفقه الإسلامى ـ دراسة مقارنة .	دار الكتاب الجامعى بالقاهرة .
٩ ـ فقه النساء فى الخطبة والزواج .	دار الاعتصام بالقاهرة عام ١٩٨٤ م دار الفضيلة بالقاهرة عام ١٩٩٠ م
١٠ ـ عقد البيع فى الشريعة الإسلامية .	دار الكتاب الجامعى بالقاهرة عام ١٩٨٥ م
١١ ـ النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ـ نظرية الحق .	دار القلم بالإمارات العربية المتحدة عام ١٩٨٧ م
١٢ ـ فقه المواريث بالاشتراك مع الدكتور وهبه الزحيلى والدكتور رمضان الشرنباصى .	دار القلم بالإمارات العربية المتحدة عام ١٩٨٧ م
١٣ ـ النظام القضائى فى الفقه الإسلامى ـ دراسة مقارنة .	مكتبة الفلاح بالكويت عام ١٩٨٩ م دار البيان بالقاهرة عام ١٩٩٤ م
١٤ ـ بحوث فى الفقه المقارن رؤية هلال رمضان فى بعض البلاد دون البعض الآخر ، وزكاة حلى النساء والأوانى والتحف الذهبية والفضية ، والزكاة فى مال الصبى والمجنون .	مكتبة الفلاح بالكويت عام ١٩٨٨ م
١٥ ـ القضايا الثلاث ـ تغيير المنكر بالقوة والخروج على الحاكم ، وتكفير الدولة .	دار الفضيلة بالقاهرة عام ١٩٨٩ .

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

٩٢٤٦ / ٩٤

الترقيم الدولى : I.S.B.N

977 – 5527-13-9